

Das Problem des Veräußerungs- und Lizenzvertrages
bei nachträglicher Vernichtung
oder Beeinträchtigung des gewerblichen Schutzrechts

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Manfred Sernatinger
Gerichtsreferendar
aus Singen/Htwl.

196~~7~~

1966

Das Problem des Veräußerungs- und Lizenzvertrages
bei nachträglicher Vernichtung
oder Beeinträchtigung des gewerblichen Schutzrechts

INAUGURAL - DISSERTATION
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von
Manfred Sernatinger
Gerichtsreferendar
aus Singen/Htwl.

1967

Dekan: Professor Dr. Ehmke
Referent: Professor Dr. Thieme
Korreferent: Professor Dr. Stoll
Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1966



Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543127_0001

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
Einleitung	1
<u>Erster Abschnitt:</u>	4
Der Verwertungsvertrag	
A. <u>Allgemeines</u>	4
B. <u>Inhalt und Typen</u>	5
I. Die Regelung im Gesetz	5
II. Der Veräußerungsvertrag	8
III. Der Lizenzvertrag	8
1. Einfache Lizenz	10
2. Ausschließliche Lizenz	13
3. Beschränkung räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Art	14
4. Weiterveräußerung und Erteilung von Unterlizenzen	15
C. <u>Rechtsnatur</u>	16
I. Doppelcharakter	16
II. Vertrag eigener Art	16
III. Dauerschuldverhältnis	18
IV. Gewagtes Geschäft	19
<u>Zweiter Abschnitt:</u>	21
Die Behandlung bereits bei Vertragsschluß vorliegender Rechtsmängel.	
A. <u>Haftung für formellen Bestand des Schutzrechts.</u>	21
B. <u>Keine Haftung für absolut unmögliche Rechte.</u>	23

Dritter Abschnitt:

25

Die nachträgliche Vernichtung oder Beeinträchtigung
des Schutzrechts und ihre Folgen

A. Die Vernichtung

25

I. Keine Haftung aus § 437 BGB bei nachträglich
bekanntwerdenden Rechtsmängeln. 26

II. Unmöglichkeit der Leistung als Folge
der Vernichtung des Schutzrechts 30

III. Ersetzung der Nichtigkeit ex tunc 31
durch eine Auflösung ex nunc

IV. Begründungsversuche der traditionellen 31
Lehre

1. Begründung aus tatsächlicher 31
Erfüllung

2. Begründung aus modifiziertem 35
Leistungsversprechen

3. Begründung aus dem Wegfall der 36
Geschäftsgrundlage

4. Begründung Müllereiserts aus 40
einem Leistungshaftungsvertrag

V. Der Lösungsversuch von Simitis 42

1. Einbeziehung des Verwertungsvertrages 42
in den Problemkreis der faktischen
Vertragsverhältnisse

2. Begründung der faktischen Vertrags- 43
verhältnisse aus dem Wandel der sozialen
Funktion des Rechtsinstituts Vertrags-
verhältnis

3. Die Folgerungen für den Verwertungsver- 48
trag bei nachträglicher Vernichtung des
Schutzrechts.

	Seite
VI. Kritik der Lehre von Simitis	49
1. Fehlende Legitimation für die Anerkennung objektiver Tatbestände	49
2. Überschätzung der sozialen Dynamik	51
a) Die Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge	51
b) Die Schuldverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschafts- verhältnis	56
aa) Die faktische Gesellschaft	57
bb) Das faktische Arbeitsver- hältnis	61
VII. Die Aufrechterhaltung des Verwertungs- vertrages bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts	63
1. Versuch einer Lösung im Rahmen der Dogmatik des BGB	63
2. Die Eigenart des Dauerschuldverhält- nisses als Ansatzpunkt	63
3. Die dogmatische Sonderbehandlung des Dauerschuldverhältnisses	65
4. Keine Abhängigkeit des erhöhten Bestandsschutzes von einem personen- rechtlichen Einschlag	67
5. Keine absolute Vorrangigkeit des Bestandsschutzes	70
6. Überwiegender Bestandsschutz des Verwertungsvertrages gegenüber § 306 BGB	72
VIII. Dogmatik des Verwertungsvertrages bei nachträglicher Vernichtung des Schutz- rechts	75

IX. Drohende Vernichtung des Schutzrechts	77
X. Teilweise Vernichtung des Schutzrechts	81
B. <u>Einschränkung des Schutzzumfangs</u>	82
C. <u>Bekanntwerden eines Vorbenutzungsrechts</u>	87
D. <u>Abhängigkeit des Schutzrechts</u>	89

Abkürzungen

Bücher und Aufsätze, die mit ihrem Verfassernamen zitiert werden, sind mit ihrem vollen Titel im Schrifttumsverzeichnis aufgeführt.

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
AöR	Archiv für öffentliches Recht (Band und Seite)
BB	Der Betriebsberater (Jahr und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DJ	Deutsche Justiz (Jahr und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahr und Seite)
DtRWiss	Deutsche Rechtswissenschaft
Gruchots Beiträge	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. von Gruchot
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite)
GRUR AIT	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und Internationaler Teil
HRR	Höchst richterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer der Entscheidung)
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
Mitt	Mitteilungen vom Verband deutscher Patent- anwälte (Jahr und Seite)
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht

IX

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGR-Komm.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern Bd. 1, 1. Teil, §§ 1 - 240, 11. Aufl. 1959 Bd. 1, 2. Teil, §§ 241 - 432, 11. Aufl. 1960
ROHG	Reichsoberhandelsgericht, auch Entscheidungssammlung (Band und Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite)
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (Jahr und Seite)
ZGesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Band und Seite)

Schrifttumsverzeichnis

- Allfeld, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das Gewerbliche Urheberrecht, 1904
- Bärmann, Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinsvorsorge, 1948
- Ballerstedt, Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, in AcP 157, S. 117 ff.
- Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen in Recht und Zeit, Heft 9
- Benkard, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Patentanwalts-gesetz, begr. v. Benkard, fortgeführt von Bock - Löscher - Ballhaus, 4. Aufl. 1963
- Bernhardt, Lehrbuch des deutschen Patentrechts, 2.Aufl. 1963
- Betti, Über sogenannte faktische Vertragsverhältnisse in Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Lehmann (1956), Bd. 1, S. 253 ff.
- Blomeyer, Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse in MDR 1957, S. 447
- Bolze, Übertragung der Ausübung eines Patentrechts in Gruchots Beiträge 38, S. 75 ff.
- Brandt, Was folgt aus dem Ende der dinglichen Einigung? in DtrWiss 1941, S. 67 ff.
- Breuer, Die rechtliche Natur der Patentlizenz in GRUR 1912, S. 86 ff.
- Busse, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2. Aufl. 1956
- Bussmann - Petzcker - Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 3.Aufl. 1962
- v. Caemmerer, Besprechung von Müllereisert, Vertragslehre, in NJW 1947/48, S. 338 f.
- v. Caemmerer, Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung in NJW 1956, S. 569 f.
- Damme - Lutter, Das deutsche Patentrecht, 3.Aufl. 1925
- Del Vecchio, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, übersetzt von Darmstädter, 2.Aufl. 1951
- Dunkhase, Der Lizenzvertrag über ein ungültiges Gebrauchsmuster in MuW 1914, S. 251 ff.
- Enneccerus - Kipp - Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts
Bd. 1, Allgemeiner Teil, 2. Halbband, 15. Bearbeitung von Nipperdey 1960
Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung von Lehmann 1958

- Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, 1947
- Esser, Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse in AcP 157, S. 86 ff.
- Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl. 1964
- Esser, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil. Ein Lehrbuch, 2. Aufl. 1960
- Finger, Lizenzverträge über nichtige Patente oder ungültige Gebrauchsmuster in GRUR 1916, S. 17 f.
- Fischer, Die faktische Gesellschaft in NJW 1955, S. 849 ff.
- Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 1965
- Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf, 1948
- Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1966
- v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895
- v. Gierke, Über dauernde Schuldverhältnisse in JherJb 64, S. 355 ff.
- Gschnitzer, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht in JherJb 76, S. 317 ff.
- Habscheid, Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957 in AcP 157, S. 99 ff.
- Hagens, Der Gebrauchsmusterlizenzvertrag in GRUR 1914, S. 241 ff.
- Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse in Festschrift für Siber (1943), Bd. 2, S. 1 ff.
- Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929
- Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz in AcP 111, S. 1 ff.
- Hübner, Lizenzverträge und Struktur des Erfinderrechts in GRUR 1937, S. 902 ff.
- Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz. Ein Studienbuch, 1962
- Hubmann, Urheber- und Verlagsrecht. Ein Studienbuch, 1959
- Hueck, Gesellschaftsrecht. Ein Studienbuch, 11. Aufl. 1963
- Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 3. Aufl. 1964
- Isay, Lizenzverträge über ungültige Gebrauchsmuster in GRUR 1915, S. 13 ff.
- Isay, Patentgesetz und Gesetz betr. den Schutz von Gebrauchsmustern, 5. Aufl. 1931

- Kisch, Handbuch des deutschen Patentrechts, 1923
- Klauwer - Möhring, Patentgesetz, 2.Aufl. 1940
- Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts in rechtsvergleichender Darstellung, 1900
- Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Teil 1 Schuldrecht, 1906
- Krause - Katluhn - Lindenmaier, Das Patentgesetz, 4.Aufl. 1958
- Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess in AcP 101, S. 1 ff.
- Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934
- Larenz, Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, in NJW 1958, S. 862 f.
- Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und "sozialer Kontakt" in MDR 1954, S. 515 ff.
- Larenz, Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten in NJW 1956, S. 1897 ff.
- Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2.Aufl. 1957
- Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts
Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1.Aufl. 1953; 8.Aufl. 1964
Bd. 2, Besonderer Teil, 6.Aufl. 1964
- Larenz, Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund in DRiZ 1958, S. 245 ff.
- Lehmann, Faktische Vertragsverhältnisse in NJW 1958, S. 1 ff.
- Lehmann, Das "faktische" Vertragsverhältnis in JherJb 90, S. 133 ff.
- Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitritts-geschäfte, Diss. Rostock, 1938
- Lindenmaier, Die Haftung des Patentinhabers bei Veräußerung des Patents und Lizenzbestellung in GRUR 1955, S. 507 ff.
- Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, 1957
- Lutter, Patentgesetz, Kommentar, 10.Aufl. 1936
- Machlup, Die wirtschaftliche Grundlage des Patentrechts in GRUR AIT 1961, S. 397 ff.
- Molitor, Die Kündigung, 1935
- Müller, Zum Begriff der Erfindung in Mitt. 1926, S. 22 ff.
- Müllereisert, Der Leistungshaftungsvertrag im Patentrecht in Mitt 1943, S. 4 ff.
- Müllereisert, Lizenzvertrag über ein der Nichtigkeit erlegenes Patent in Mitt 1944, S. 33 f.
- Müllereisert, Vertragslehre. Der Schuldvertrag und der Haftungsvertrag, 1947

- Munk, Die patentrechtliche Lizenz, 1897
- Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 3.Aufl. 1961
- Nikisch, Über faktische Vertragsverhältnisse in Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Dölle (1963), Bd. 1, S. 79 ff.
- Nipperdey, Faktische Vertragsverhältnisse? in MDR 1957, S. 129 ff.
- Oertmann, Geschäftsgrundlage, 1921
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 24.Aufl. 1965
- Pietzcker, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, Kommentar, Halbbd. 1 1929
- Rabel, Les origines de la règle: Impossibilium nulla obligatio, Mélanges Gerardin 1907, S. 473
- Rabel, Unmöglichkeit, Sonderdruck aus der Festschrift für Bekker, 1907
- Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in Festschrift zum Deutschen Juristentag 1960, S. 101 ff.
- Rasch, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung 1933
- Reimer, Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz, 2.Aufl. 1958
- Ruland, Das Innenverhältnis der nichtigen offenen Handelsgesellschaft, Diss. München 1941
- Russ, Anmerkung zum Urteil des OLG Freiburg vom 17.11.1946 in BB 1958, S. 415
- Schall, Zur Lehre vom Lizenzvertrag in AcP 72, S. 128 ff.
- Schramm, Grundlagenforschung auf dem Gebiet des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts 1954
- Schumann, Schicksal der Unterlizenz bei Fortfall der Hauptlizenz oder beim Wechsel der Patentinhaberschaft in GRUR 1932, S. 539 ff.
- Seligsohn, Patentgesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern, 7.Aufl. 1932
- Siebert, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957
- Soergel - Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch
Bd. 1, §§ 1 - 432, 9.Aufl. 1959
Bd. 2, §§ 433 - 853, 9. Aufl. 1962
- Spengler, Neuere Rechtsprechung auf dem Gebiet des Patentrechts in GRUR 1950, S. 159 ff.
- Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bd. 1, §§ 1 - 240, Allgemeiner Teil, 11.Aufl. 1957
Bd. 2, Teil 1, §§ 241 - 432, Schuldrecht I, 9.Aufl. 1930
Bd. 2, Teil 1 b, §. 242, 11.Aufl. 1961
Bd. 2, Teil 2, §§ 433 - 610, Schuldrecht II, 11. Aufl. 1955

- Steindorff, Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, in BB 1958, S. 492 f.
- Stoll, Vertrag und Unrecht, 1. Halbbd., 2.Aufl. 1941 besorgt von Felgentraeger
- Stumpf, Der Lizenzvertrag, 2.Aufl. 1963
- Tetzner, Kommentar zum Patentgesetz und zum Gebrauchsmustergesetz, 2.Aufl. 1951
- Tetzner, Gläubigerzugriff in das Erfinderrecht in DJ 1941, S. 1139 ff.
- v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Teil 1
- Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 2.Aufl. 1960
- Wieacker, Besprechung von Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbbd., in JZ 1956, S. 294 f.
- Wieacker, Besprechung von Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse in JZ 1959, S. 382 f.
- Wieacker, Leistungsbeziehungen ohne Vereinbarung in ZAKDR 1943, S. 33 ff.
- Wieacker, Richtermacht und privates Rechtsverhältnis in AöR 29 NF, S. 1 ff.
- v. Ziegler, Befreit die Feststellung des Neuheitsmangels eines Gebrauchsmusters den Lizenznehmer von der Zahlung der bis dahin fällig gewordenen Lizenzabgabe? in GRUR 1909, S. 22
- Zweigert, Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart vom 9.6.1948 in SJZ 1949, S. 415

Einleitung

Es gehört zur Eigenart der gewerblichen Schutzrechte, daß nachträglich immer Umstände bekannt werden können, die ihren Bestand beeinträchtigen. So kann eine später auftauchende Vorveröffentlichung, die den Erfindungsgedanken vorwegnimmt, zur Vernichtung des Patents oder Gebrauchsmusters führen, oder das zur Anmeldung gebrachte Recht kann wegen fehlender Neuheit versagt werden. Der angenommene Schutzzumfang kann sich als zu weit erweisen und im Verletzungsprozeß eingeschränkt werden, ein Vorbenutzungsrecht kann sich herausstellen oder sich die Abhängigkeit des Schutzrechts von einer anderen Erfindung ergeben. Die Auswirkung dieser Beeinträchtigungen auf den für die geschützte Erfindung geschlossenen Veräußerungs- oder Lizenzvertrag bereitet wegen ihrer Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schutzrechts größte Schwierigkeiten, die trotz ihrer vielfachen Erörterung in Rechtsprechung und Literatur bis jetzt keine rechtssystematisch befriedigende Lösung gefunden haben.

Besondere Beachtung hat seit jeher die Vernichtung des Schutzrechts gefunden. Die Problematik ihrer Auswirkung auf den Veräußerungs- und Lizenzvertrag beginnt mit dem Inkrafttreten des Patentgesetzes von 1877 und der damit verbundenen Abschaffung der Privilegienthorie.¹⁾ Die Konstruktion der Nichtigkeitserklärung als staatliche Rücknahme, die zur Nichtigkeit des Schutzrechts ex nunc führte, wurde mit diesem Gesetz aufgegeben, und an ihre Stelle trat die Feststellung der Nichtigkeit mit Wirkung

1) Vgl. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 20 ff.

ex tunc. Noch in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 28.3.1875¹⁾ trat das Problem der rückwirkend eintretenden anfänglichen Unmöglichkeit nicht auf. Das Gericht konnte ohne weiteres feststellen, der Lizenzgeber habe bis zur Vernichtung "Alles prästirt, was er vertragsgemäß zu prästiren verpflichtet war."²⁾ Dagegen hatte sich das Reichsgericht in seinem Urteil vom 17.12.1886³⁾ die Frage vorzulegen, ob die Nichtigkeitserklärung eines Patents schon an sich die rechtliche Folge habe, daß ein bezüglich desselben abgeschlossener Lizenzvertrag als von Anfang an nichtig zu betrachten, und deshalb der Erteiler der Lizenz zur Rückerstattung der bis zur Nichtigkeitserklärung für die Lizenzgewährung empfangenen Leistungen zu verurteilen sei. Das Reichsgericht verneinte diese Frage allerdings und kam zu dem heute allgemein anerkannten Ergebnis, daß sich der Lizenznehmer nur für die Zukunft vom Vertrag lösen könne. Die Begründung hierfür ist streitig und wird weniger durch rechtliche als vielmehr durch wirtschaftliche und der Billigkeit entsprechende Erwägungen gestützt. Die tatsächlichen Verhältnisse werden als beherrschende Macht in den Vordergrund gerückt, so daß Simitis⁴⁾ schließlich im Rahmen seiner umfassenden Untersuchung über die faktischen Vertragsverhältnisse auch hier ein durch die tatsächliche Interessenlage begründetes faktisches Vertragsverhältnis annimmt.

Der Veräußerungs- und Lizenzvertrag bei nachträglicher Vernichtung und Beeinträchtigung des Schutzrechts wird damit in einen Problemkreis einbezogen, bei dem es um die elementare Frage der Gültigkeit der Rechtsgeschäftslehre des BGB geht. Auch für ihn stellt sich nun die Frage, ob sich im Rahmen der auf der Schuldbegründung

1) ROHG 19, S. 403

2) ROHG a.a.O., S. 407

3) RGZ 17, S. 53

4) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, 1957, S. 581 ff.

durch Rechtsgeschäft aufbauenden Dogmatik des BGB eine Lösung finden läßt, oder ob es dazu neuer, objektiver Tatbestände bedarf.

In dieser Frage zu einer dogmatisch befriedigenden Lösung zu kommen, ist das Hauptanliegen der vorliegenden Arbeit. An den bisher von der herrschenden Rechtsprechung und Lehre bei nachträglicher Vernichtung und Beeinträchtigung des Schutzrechts angenommenen Ergebnissen soll nicht gerüttelt, es soll lediglich nach einer rechtssystematischen Begründung hierfür gesucht werden.

Um den vielfältigen Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Verwertung von Erfindungen gerecht zu werden, ist es zunächst nötig, Inhalt und Rechtsnatur dieser Verträge zu bestimmen und die Frage der Haftung zu klären. Erst danach ist es möglich, die bisherigen Lösungsversuche zu überprüfen und sich mit der Auffassung von Simitis auseinanderzusetzen. Die grundlegenden dogmatischen Fragen, die dabei aufgeworfen werden, machen es unerlässlich, über die spezielle Fragestellung des Veräußerungs- und Lizenzvertrags hinaus in die allgemeine Problematik des faktischen Vertragsverhältnisses einzudringen, um die Frage der Notwendigkeit und Zulässigkeit von objektiven Tatbeständen zur Erfassung von Leistungsbeziehungen zu klären. Auf den Ergebnissen dieser Untersuchung soll dann der eigene Lösungsvorschlag aufbauen.

1. Abschnitt

Der Verwertungsvertrag

A. Allgemeines

Die heutige industrielle Massenproduktion läßt nur noch wenigen Erfindern die Möglichkeit, ihre Erfindung¹⁾ im eigenen Betrieb praktisch anzuwenden und auszunützen, und so haben Veräußerung und Lizenzerteilung wachsende Bedeutung gewonnen.²⁾ Der wirtschaftliche Verkehr begnügt sich dabei nicht mit Verträgen typischer Prägung, sondern hat eine Vielfalt von Verwertungsmöglichkeiten geschaffen. Es wird wohl zwischen Veräußerungs- und Lizenzverträgen unterschieden, bei den Lizenzverträgen gibt es aber wiederum solche, in denen dingliche Nutzungsrechte an der Erfindung übertragen werden und andere, die sich in rein schuldrechtlichen Vereinbarungen erschöpfen. Hinzu kommen zahlreiche Übergänge von einer Vertragsart zur anderen. So ist es schwierig, die Patentveräußerung von einem Lizenzvertrag zu unterscheiden, bei dem eine ausschließliche Lizenz eingeräumt wird und der Lizenznehmer die Lizenzgebühr ganz oder teilweise im voraus entrichtet. Ein ähnlicher Vertrag entsteht aber auch dann, wenn einem Lizenznehmer nur obligatorisch die Nutzung der Erfindung gestattet wird, der Lizenzgeber aber gleichzeitig die Verpflichtung übernimmt, keine weiteren Lizenzen mehr zu erteilen.

1) Der Versuch, den Begriff der Erfindung festzulegen, ist vielfach gemacht worden, eine allgemein anerkannte Definition ist bisher jedoch nicht gelungen. Benkard (PatG, § 1 Anm.1) formuliert: "Eine Erfindung ist eine Anweisung zur Benutzung von Kräften und Stoffen der Natur, mit dem beliebig wiederholbaren Erfolg eines unmittelbar verwertbaren Ergebnisses, das nicht zum bisherigen Stande der Technik gehört und im Rahmen des durchschnittlichen Fachkönnens nicht zu erwarten ist." Etwas weiter die Definition von Lindenmaier (Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 1 Anm.19); vgl. ferner Müller, Zum Begriff der Erfindung, Mitt.1926, S. 22; O.v.Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd.1, S. 863.

2) Vgl. Stumpf, Der Lizenzvertrag, S. 37.

Unter dem Sammelbegriff des Verwertungsvertrages wird so eine Vielfalt von Möglichkeiten der rechtsgeschäftlichen Verwertung von Erfindungen zusammengefaßt, und es soll im folgenden versucht werden, eine inhaltliche Bestimmung und Typisierung der möglichen Arten vorzunehmen.

B. Inhalt und Typen

I. Die Regelung im Gesetz

Die einzigen im Patent- und Gebrauchsmusterrecht enthaltenen Regeln über die rechtsgeschäftliche Verwertung von Erfindungen sind §§ 9 PatG und 13 GebrMG: Sie bestimmen übereinstimmend die beschränkte und unbeschränkte Übertragbarkeit von Rechten an Erfindungen. Es ist deshalb mit Hubmann¹⁾ davon auszugehen, daß das Recht an der Erfindung und nicht die Erfindung als solche übertragen wird²⁾. Hubmann weist dabei auf den Charakter der Erfindung als geistiger Gegenstand³⁾ hin, für den das Gesetz im Gegensatz zu Sachen keine besondere Übertragbarkeit bestimme. Erst das

1) Hubmann, a.a.O., S. 138, ihm folgend Bernhardt, Lehrbuch, S. 172.

2) So Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 102 ff.

3) Vgl. hierzu Kisch, Handbuch, S. 22; Isay, PatG, S. 36; Kohler. (Handbuch, S. 55) prägte hierfür den Begriff des Immaterialgutes, so daß die gewerblichen Schutzrechte allgemein als Immaterialgüterrechte bezeichnet werden. Nach heutiger Lehre sind im Immaterialgüterrecht persönlichkeitsrechtliche und vermögensrechtliche Elemente enthalten. Ihre Besonderheit als Vermögensrecht besteht darin, daß sie unabhängig von den vermögensrechtlichen Befugnissen noch das Erfinderpersönlichkeitsrecht enthalten (Enneccerus - Nipperdey, Allgemeiner Teil, 1. Halbband, S. 461 ff.).

Recht ordne die Erfindung dem einzelnen zu¹⁾, ohne Recht sei sie gemeinfrei und so sei auch dieses Gegenstand der Verfügung.²⁾

Übertragbar sind die Rechte an Erfindungen in all ihren Entwicklungsstufen, nicht nur das Patent und Gebrauchsmusterrecht selbst, sondern auch das durch die Anmeldung begründete Recht auf Erteilung bzw. Eintragung des Schutzrechts und schließlich das unabhängig von der Beachtung von Formalitäten mit Vollendung der Erfindung entstehende Erfinderrecht³⁾. Auch künftige Rechte an fertigen Erfindungen können übertragen werden⁴⁾. So ist es möglich, daß der Erfinder die fertige Erfindung zunächst auf seinen Namen anmeldet, das künftige Schutzrecht aber bereits auf einen anderen überträgt. Die Übertragung kann sich auch auf Rechte an erst zu machenden Erfindungen beziehen, soweit diese schon jetzt genügend individualisiert werden können⁵⁾. Häufig werden solche Bestimmungen für Verbesserungserfindungen getroffen. Im Augenblick der Erteilung des Patents bzw. der Eintragung des Gebrauchsmusters vollzieht sich dann der Übergang auf den Erwerber⁶⁾.

- 1) Die Zuordnung erfolgt auf Grund des Patent- und Gebrauchsmustergesetzes, die dem Erfinder ein Schutzrecht gewähren, dessen Entstehung sich in mehreren Stufen vollzieht. Durch den Erfindungsakt erwirbt sich der Erfinder kraft Gesetzes das Erfinderrecht, das insbesondere das Recht auf das Patent bzw. Gebrauchsmuster enthält (§§ 3 PatG, 5 Abs.4 GebrMG). Die Anmeldung beim Patentamt begründet sodann den Anspruch auf Erteilung des Schutzrechts (§§ 4 PatG, 5 Abs.4 GebrMG). Das Patentrecht (Recht aus dem Patent oder bloß Patent) entsteht mit der Rechtskraft des Erteilungsbeschlusses (§ 35 PatG), während das Gebrauchsmusterrecht (auch bloß Gebrauchsmuster genannt) mit Eintragung in die Gebrauchsmusterrolle durch das Patentamt zur Entstehung kommt (§ 5 GebrMG). Über die Theorien zur Rechtfertigung der Monopolisierung der Erfindungsidee vgl. Bernhardt, Lehrbuch, S. 1; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 47; Machlup, GRUR AIT 1961, S. 397.
- 2) Hubmann, a.a.O.
- 3) §§ 9 PatG, 13 GebrMG; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 139.
- 4) RGZ 139, S. 52 (56).
- 5) BGH in GRUR 1955, S. 289.
- 6) Reimer, PatG, § 9 Anm.21.

Ebenfalls übertragbar sind nach Ansicht von Hubmann¹⁾ Rechte an Geheimverfahren, während Tetzner²⁾, Lüdecke³⁾ und Benkard⁴⁾ hier nur schuldrechtliche Verpflichtungen für möglich halten. Soweit das Geheimverfahren schutzfähig ist, bestimmt schon das Gesetz seine Übertragbarkeit⁵⁾, denn übertragen wird in diesen Fällen das Recht auf das Patent, auf das Gebrauchsmuster, also das Erfinderrecht, der Erfinder verzichtet lediglich auf die Anmeldung zum Patent. Ist die Erfindung aber nicht schutzfähig, so kann in diesen Fällen auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückgegriffen werden. Es wurde auf Grund von Art. 1 und 2 GG als absolutes Recht zur Wahrung der persönlichen Geheimsphäre anerkannt⁶⁾ und greift dort ein, wo durch die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes kein besonderes Schutzrecht geschaffen wurde⁷⁾. Es zerfällt in einen persönlichkeitsrechtlichen und einen vermögensrechtlichen Bestandteil, und durch Lösung der zunächst miteinander verknüpften personen- und vermögensrechtlichen Elemente ist es dem Inhaber des Geheimverfahrens möglich, dieses verkehrsfähig zu machen⁸⁾. Der vermögensrechtliche Bestandteil wird als Verwertungsrecht übertragen, während das eigentliche Persönlichkeitsrecht dem Erfinder verbleibt.⁹⁾

1) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 140. Ist die Betriebserfahrung allerdings nicht geheim und nicht schutzfähig, so sieht auch Hubmann nur die Möglichkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen (S. 138).

2) Tetzner, PatG, § 9 Anm.63.

3) Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 649.

4) Benkard, PatG, § 9 Anm.10.

5) §§ 9 PatG, 13 GebrMG.

6) BGHZ 13, S. 334; 24, S. 72; 26, S. 349; 30, S. 7.

7) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 60 f.

8) Tetzner, DJ 1941, S. 1139 (1140).

9) BGH in GRUR 1955, S. 388.

II. Der Veräußerungsvertrag

Beim Veräußerungsvertrag wird das Schutzrecht als ganzes auf den Erwerber übertragen. Er erhält sowohl das Verfügungs- als auch das Nutzungsrecht, und nur das seinem vermögensrechtlichen Bestandteil entkleidete Erfinderpersönlichkeitsrecht bleibt beim Erfinder zurück¹⁾.

Die Übertragung erfolgt nach §§ 413, 398 BGB durch formlosen Abtretungsvertrag. Die Umschreibung in der Patent- und Gebrauchsmusterrolle ist für die Wirksamkeit nicht erforderlich,²⁾ diese hat vielmehr nur verfahrensrechtliche Legitimationswirkung³⁾. Sie ist nur dann von Bedeutung, wenn der Erwerber berechtigt sein soll, das übertragene Recht gerichtlich geltend zu machen⁴⁾.

III. Der Lizenzvertrag

Unter dem Begriff des Lizenzvertrages werden alle die Verträge zusammengefaßt, bei denen dem Lizenznehmer lediglich die Nutzung der Erfindung ohne das Verfügungsrecht eingeräumt wird. Über die Ausgestaltung im einzelnen besteht keine Einigkeit.

Eine zunächst rein technische Unterscheidung besteht zwischen einfacher und ausschließlicher Lizenz. Beide gestatten die Nutzung der Erfindung in dem vereinbarten Umfang; der einfache Lizenznehmer hat aber die Nutzung der Erfindung durch andere Berechtigte zu dulden, während die ausschließliche Lizenz zugleich ein Verbotensrecht gegenüber anderen Nachahmern der Erfindung und den Lizenzgeber selbst beinhaltet, soweit sie Nutzungshandlungen im Rahmen der erteilten Lizenz vornehmen⁵⁾.

1) Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.18.

2) RGZ 75, S. 225 (227); 126, S. 280 (284); 151, S. 129 (135) ebenso die h.L., vgl. Benkard, PatG, § 9 Anm.10; Lüdecke-Fischer, Lizenzverträge, S. 26; Reimer, PatG, § 9 Anm.22; a.M. Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 64 ff.

3) Reimer, PatG, § 9 Anm.22.

4) Vgl. § 24 Abs.2 PatG; Reimer, PatG, § 24 Anm.17.

5) Vgl. Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.21; Hubmann, S. 142.

Dies hat dazu geführt, daß viele Autoren¹⁾ in der einfachen Lizenz lediglich eine schuldrechtliche Vereinbarung sehen, bei der der Lizenzgeber auf sein Verbotungsrecht gegenüber dem Lizenznehmer verzichtet, während sie bei der ausschließlichen Lizenz die Einräumung eines positiven Rechts auf Nutzung der Erfindung annehmen, das auch gegenüber Dritten wirksam ist. Dieses positive Nutzungsrecht sieht Kisch²⁾ zu einem absoluten Recht gesteigert, er nimmt eine Belastung des Schutzrechts ähnlich dem Nießbrauch an. Bernhardt³⁾ spricht ebenso wie das Reichsgericht⁴⁾ von einem "quasidinglichen" Benutzungsrecht. Eine derartige Auffassung widerspricht aber, wie vor allem Hubmann⁵⁾ betont, dem numerus clausus der dinglichen Rechte⁶⁾.

Für die Konstruktion der Lizenzerteilung ist auf §§ 9 PatG und 13 GebrMG zurückzugehen, wonach die Rechte an Erfindungen beschränkt und unbeschränkt übertragen werden können. Diese Bestimmung wird von Kisch⁷⁾ und ihm folgend von anderen Autoren⁸⁾ dahingehend ausgelegt, daß unter beschränkter Übertragung eine Quotenübertragung zu verstehen sei, wobei zwischen Veräußerer und Erwerber eine Bruchteilsgemeinschaft entstehe. Zutreffend stellt aber Hubmann⁹⁾ fest, daß die Möglichkeit der Bildung einer Bruchteilsgemeinschaft bei allen Rechten bestehe und sie deshalb im Patent- und Gebrauchsmustergesetz nicht besonders erwähnt zu werden brauchte. Er sieht in der Bestimmung der beschränkten Übertragbarkeit der Schutzrechte einen Hinweis

1) Kisch, Handbuch, S. 215; Bernhardt, Lehrbuch, S. 180 ff.; Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm. 21; Reimer, PatG, § 9 Anm. 6 f.; Benkard, PatG, § 9 Anm. 19; Munk, Die patentrechtliche Lizenz, S. 23.

2) Kisch, a.a.O.

3) Bernhardt, Lehrbuch, S. 180.

4) RGZ 57, S. 38.

5) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 140.

6) Gegen den Nießbrauchähnlichen Charakter der ausschließlichen Lizenz sprechen auch die praktischen Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, daß der Nießbrauch nach § 1059 BGB nicht übertragbar ist und nach § 1061 BGB mit dem Tode des Berechtigten erlischt (vgl. auch Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 63 f.).

7) Kisch, Handbuch, S. 213.

8) Bernhardt, Lehrbuch, S. 180; Krausse-Katluhn-Lindenmaier, § 9 Anm. 4.

9) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 140.

auf ihnen eigene Besonderheit: Sie können aufgespalten auch in Teilen abgetreten werden¹⁾.

Geht man von diesem Gesichtspunkt aus, so kann die Bestimmung in §§ 9 PatG und 13 GebrMG nur den Sinn haben, die Erteilung dinglicher Lizenzen zu regeln. Ihre Bestellung vollzieht sich danach in der Weise, daß der Lizenznehmer durch konstitutive Übertragung ein abgeleitetes Recht erhält. Es geht nicht das Recht des Erfindungsberechtigten über wie bei der translativen Vollübertragung²⁾, sondern aus dem Inhalt des Schutzrechts entsteht je nach dem Umfang der Nutzungsberechtigung ein Recht geringeren Inhalts, das zugleich auf ein neues Subjekt übergeht. Dem Erfindungsberechtigten bleibt lediglich das um den abgespaltenen Teil verkleinerte Verwertungsrecht als Mutterrecht zurück.³⁾ Nur dieses verbliebene Recht kann er noch übertragen oder selbst benutzen.

Je nach Umfang des übertragenen Rechts sprechen wir von einer einfachen oder ausschließlichen Lizenz.

1. Einfache Lizenz

Bei der einfachen Lizenz wird nur ein kleiner Ausschnitt des Schutzrechts übertragen, so daß daneben noch die Vergabe weiterer einfacher Lizenzen möglich ist⁴⁾. Der einfache Lizenznehmer darf die Erfindung in dem vereinbarten Umfang nutzen, er muß aber die Nutzung durch andere Berechtigte dulden.

- 1) Hubmann, a.a.O.; Isay, PatG, § 9 Anm.31; Schramm, Grundlagenforschung, S.61. Die Aufspaltbarkeit haben die gewerblichen Schutzrechte mit dem Urheberrecht gemeinsam, wo sie herrschende Meinung ist und auch vom BGH übernommen wurde (Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S.292, 297; Hubmann, Urheberrecht, S. 169; BGH in GRUR 1959, S.200 ff.)
- 2) Vgl. dazu Munk, Die patentrechtliche Lizenz, S.23.
- 3) Vgl.v.Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd.2, 1.Teil, S.67 f.
- 4) Vgl. Isay, PatG, § 6 Anm.34; ebenso Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 297 für das Urheberrecht.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Meinung betrachtet ein Großteil der Lehre die einfache Lizenz lediglich als schuldrechtlichen Vertrag, in dem sich der Erfindungsberechtigte verpflichtet, während der Vertragsdauer die Nutzung der Erfindung zu gestatten¹⁾. Bei einer späteren Übertragung des ausschließlichen Nutzungsrechts oder des Verwertungsrechts als ganzem müßte dann aber angenommen werden, daß die Berechtigung nicht gegen den neuen Erwerber wirkt. Ein solches Ergebnis ist aber nicht gerecht. Der Lizenznehmer kann zur Ausbeutung der Erfindung große Aufwendungen gemacht haben, und vom Lizenzgeber kann unter Umständen keine Deckung des Schadens erreicht werden. Man kann nicht einfach darauf verweisen, der Lizenznehmer müsse sich mit seinem Schaden abfinden²⁾. Er muß vielmehr auch weiterhin zur Benutzung der Erfindung berechtigt bleiben.

Um zu einem gerechten Ergebnis zu kommen, wird deshalb von Lindenmaier angenommen, daß der einfache Lizenznehmer ein "positives Benutzungsrecht" an der Erfindung erwerbe, das auch dem späteren Erwerber entgegengehalten werden könne³⁾. Eine obligatorische Berechtigung kann aber niemals zu einem Recht an einer Sache führen, sie schafft lediglich Verpflichtungen zwischen den Vertragspartnern.⁴⁾

Teilweise wird auch versucht, das Weiterbestehen der Lizenz durch analoge Anwendung von § 571 BGB zu begründen⁵⁾. Der Grundsatz "Kauf bricht nicht Miete" ist jedoch eine Ausnahmeregelung des Grundstücksverkehrs, die aus sozialpolitischen Gründen geschaffen wurde und eine analoge Anwendung auf Lizenzverträge nicht zuläßt⁶⁾.

1) Kisch, Handbuch, S. 215; Bernhardt, Lehrbuch, S.183; Krausse-Katluhn-Lindenmaier, § 9 Anm.21; Reimer, PatG, § 9 Anm.7; Benkard, PatG, § 9 Anm.19; Munk, Die patentrechtliche Lizenz, S.23.

2) Schramm, Grundlagenforschung, S.85.

3) Krausse-Katluhn-Lindenmaier, § 9 Anm.20.

4) Vgl. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S.142 f.

5) Allfeld, Kommentar, S.128; Kohler, Handbuch, S.597 ff.; Reimer, PatG, § 9 Anm.95; Schumann, GRUR 1932, S.539 (541).

6) Vgl. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Bd.2, S.384; Schramm, Grundlagenforschung, S.84; Rasch, Der Lizenzvertrag, S.62 f.

Alle diese Schwierigkeiten können umgangen werden, wenn man von der Aufspaltbarkeit des Verwertungsrechts ausgeht und den dinglichen Charakter der einfachen Lizenz annimmt¹⁾. Die Aufspaltung des Verwertungsrechts darf allerdings nicht zu seiner Vervielfältigung führen. Durch die Summierung aller abgesplitterten Rechte darf nicht ein Rechtstatbestand entstehen, der größer wäre als das ursprüngliche Verwertungsrecht.²⁾ Bernhardt³⁾ hält deshalb die Einräumung mehrerer einfacher Lizenzen als dingliche Rechte für unzulässig. Er erkennt dabei aber, daß jedes beschränkte Nutzungsrecht nur ein kleiner Ausschnitt des dem Erfindungsberechtigten zustehenden unbeschränkten Nutzungsrechts ist. Die Summierung aller abgespaltenen einfachen Berechtigungen kann nur immer wieder das Recht auf unbeschränkte Nutzung ergeben.

Nicht ohne Schwierigkeiten ist allerdings die Konstruktion und Abgrenzung von einfacher und ausschließlicher Lizenz. Bolze⁴⁾ und Hubmann⁵⁾ nehmen die Aufspaltung des Schutzrechts in ein positives Nutzungsrecht und ein negatives Verbotungsrecht an. Bei der einfachen Lizenz werde nur das Nutzungsrecht übertragen, während das negative Verbotungsrecht dem Lizenzgeber verbleibe, bei der ausschließlichen Lizenz erhalte der Lizenznehmer sowohl das Nutzungs- als auch das Verbotungsrecht und könne damit gegen dritte Benutzer vorgehen.

Nun genießt aber auch der einfache Lizenznehmer Schutz, wenn ihm die Nutzung der Erfindung verwehrt wird und er kann sie im Klageweg erzwingen. Es ist deshalb eine Unterscheidung zu beachten, die von Bolze und Hubmann nicht klar herausgearbeitet wird: Die Ausschließlichkeit eines Rechts ist von dem Abwehrrecht, das §§ 1027, 1004, 1090 Abs.2 jedem dinglichen Recht verleihen, zu trennen. Ausschließ-

1) So schon Kohler, Handbuch, S.508; ebenso Isay, PatG, § 6 Anm.31, Anm.34; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S.142f.

2) Schramm, Grundlagenforschung, S.61.

3) Bernhardt, Lehrbuch, S. 177.

4) Bolze, Übertragung der Ausübung eines Patentrechts, Gruchots Beiträge 38, S. 75 (82).

5) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 140, 142.

lichkeit ist im Sachenrecht zwar die Regel, sie ist aber kein notwendiges Merkmal des absoluten Rechts¹⁾. Isay²⁾ verweist in diesem Zusammenhang auf ein dingliches Wege-recht. Hier muß der Wegeberechtigte die Benutzung des Weges durch andere dulden, er kann nur gegen Dritte vor-gehen, wenn sie ihn in der Ausübung seines Wegerechts behindern. Für diesen Fall steht ihm sein Abwehrrecht zur Seite und er kann auf Beseitigung oder Unterlassung der Störung klagen. Das abgeleitete dingliche Recht ist also zwar immer mit dem im BGB fixierten Abwehrrecht ausgestattet, es beinhaltet aber nicht zugleich unbedingt das Recht auf Ausschließlichkeit. Auch auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes ist es durchaus möglich, daß mehrere unabhängig voneinander eine Erfindung benutzen, es ist dazu keine ausschließliche Herrschaft erforderlich. Die von Bolze und Hubmann vorgenommene weitere Aufspaltung des gewerblichen Schutzrechts ist deshalb zutreffend. Sie ist jedoch dahin zu interpretieren, daß unter positivem Nutzungsrecht, das Recht auf Nutzung, verbunden mit dem Abwehrrecht zu verstehen ist, während das Verbotungsrecht richtiger als Recht auf Ausschließ-lichkeit bezeichnet wird.

2. Ausschließliche Lizenz

Bei der ausschließlichen Lizenz wird neben dem Nutzungsrecht auch das Recht auf Ausschließlichkeit über-tragen. Im Rahmen der erteilten Lizenz ist die Nutzung der Erfindung durch Dritte und auch durch den Lizenzgeber selbst ausgeschlossen, der Lizenznehmer kann ihnen die Nutzung verbieten³⁾. Dem Lizenzgeber verbleibt lediglich das Verfügungsrecht und das Erfinderpersönlichkeitsrecht.

1) Isay, PatG, § 6 Anm.31.

2) Isay, a.a.O.

3) Im Ergebnis ebenso Reimer, PatG, § 9 Anm.6;
Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.21.

3. Beschränkungen räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Art

Die Aufspaltbarkeit der Schutzrechte läßt nicht nur die Trennung einfacher und ausschließlicher Nutzungsrechte zu, sie ermöglicht es auch, Beschränkungen zeitlicher, räumlicher und inhaltlicher Art vorzunehmen¹⁾. Es handelt sich dabei um zusätzliche Beschränkungen, denen sowohl einfache als auch ausschließliche Lizenzen unterliegen können.²⁾

Vielfach üblich sind Beschränkungen räumlicher und zeitlicher Art. So wird bei der Bezirks- oder Gebietslizenz nur ein auf ein bestimmtes Gebiet begrenztes Nutzungsrecht eingeräumt³⁾. Eine auf Bayern beschränkte ausschließliche Gebietslizenz berechtigt den Lizenznehmer also nur, bei unberechtigter Nachahmung auf diesem Gebiet auf Unterlassung und Schadensersatz zu klagen. Bei der zeitlich beschränkten Lizenz endet das Benutzungsrecht nach Ablauf der vereinbarten Zeit⁴⁾. Möglich ist auch eine Beschränkung der Lizenz auf einen bestimmten Betrieb oder eine bestimmte Person. Bei dieser sog. Betriebslizenz ist die Nutzung nur im Rahmen des Betriebes möglich⁵⁾.

Beschränkungen inhaltlicher Art enthalten die Herstellungs- und Gebrauchslizenzen, die nur zur Herstellung und zum Gebrauch berechtigen, während die Vertriebslizenz nur den Verkauf der geschützten Erzeugnisse gestattet⁶⁾. Schließlich kann sich die Berechtigung nur auf eine bestimmte Anwendungsform der Erfindung beziehen⁷⁾, oder es darf nur eine bestimmte Menge des geschützten Erzeugnisses hergestellt werden.⁸⁾

1) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 140 f.

2) Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.24.

3) Reimer, PatG, § 9 Anm.10.

4) Reimer, PatG, § 9 Anm.11.

5) Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.24.

6) Reimer, PatG, § 9 Anm.14.

7) Reimer, PatG, § 9 Anm.13.

8) Reimer, PatG, § 9 Anm.12.

4. Weiterveräußerung und Erteilung von Unterlizenzen

Die Weiterveräußerung und die Erteilung von Unterlizenzen bereitet bei dem dinglichen Charakter der einfachen und ausschließlichen Lizenz in der Konstruktion keine Schwierigkeiten. Als abgespaltene Teile des Schutzrechts sind die Lizenzrechte grundsätzlich wie dieses selbst übertragbar und vererblich. Ihre Bestellung kann jedoch mit der Beschränkung vorgenommen werden, daß eine Übertragung und Vererbung ausgeschlossen ist.¹⁾ Wann dies der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Bei der ausschließlichen Lizenz wird eine Beschränkung nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein.²⁾ So wird die Übertragung nicht ohne Zustimmung des Schutzrechtsinhabers möglich sein, wenn die Person des Lizenznehmers, seine Tüchtigkeit und Zuverlässigkeit für ihn von Bedeutung ist, etwa weil eine persönliche Zusammenarbeit zwischen beiden vereinbart ist, oder die Lizenzgebühr nach Stückzahlen bemessen wird.³⁾

Bei der einfachen Lizenz wird eine Bindung der Berechtigung an die Person des Lizenznehmers angenommen, und die Übertragbarkeit aus dieser Auslegung heraus im Zweifel verneint.⁴⁾ Insbesondere gilt dies bei der eigentlichen persönlichen Lizenz, die grundsätzlich nicht übertragbar ist,⁵⁾ oder der Betriebslizenz, die in solchem Maße mit dem Betrieb verbunden ist, daß sie höchstens mit diesem zusammen vererbt oder veräußert werden kann.⁶⁾

5. Obligatorische (negative) Lizenz

Neben der einfachen Lizenz als dinglicher Berechtigung bleibt, wie auch Hubmann annimmt, die Möglichkeit

1) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 142.

2) Isay, PatG, § 6 Anm.37; Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 100 f.; Lüdecke-Fischer, Lizenzverträge, S. 84 ff.; vgl. EGZ 142, S. 170; BGH in GRUR 1955, S. 340.

3) Vgl. RG in GRUR 1934, S. 657.

4) Isay, PatG, § 9 Anm.7; Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.7.

5) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 143.

6) Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 92.

bestehen, lediglich obligatorische Lizenzen einzuräumen.¹⁾ In derartigen Fällen verpflichtet sich der Lizenzgeber lediglich, von seinem ihm auf Grund des Schutzrechts zustehenden Verbotungsrecht keinen Gebrauch zu machen, es handelt sich um eine sog. negative Lizenz²⁾. Eine solche Lizenz wirkt nicht gegen den Rechtsnachfolger des Erfindungsberechtigten, und sie kann auch nicht übertragen oder vererbt werden.

Welche Art von Lizenz vorliegt, ist Auslegungsfrage. Als Grundsatz ist dabei davon auszugehen, daß der Lizenzgeber nicht mehr gewähren will, als zur Erreichung des Geschäftszwecks notwendig ist.³⁾

C. Rechtsnatur

I. Doppelcharakter

Zieht man das Fazit aus der inhaltlichen Gestaltung des Verwertungsvertrages, so zeigt sich ein Doppelcharakter. Gerichtet ist der Vertrag auf die Überlassung der Erfindung zur Nutzung, gleichzeitig hat er aber die Verpflichtung zur Verschaffung eines Rechts an der Erfindung, bzw. den Verzicht auf das Verbotungsrecht des Erfindungsberechtigten zum Inhalt⁴⁾.

II. Vertrag eigener Art.

Der komplexe Inhalt des Verwertungsvertrages macht es schwer, seine Rechtsnatur zu bestimmen, da die im BGB geregelten Vertragstypen auf ihn nicht genau passen.

1) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 140.

2) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 143; Reimer, PatG, § 9 Anm.7; Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.7.

3) BGHZ 9, S. 263 (265); vgl. auch RGZ 57, S. 38; 118, S. 297; 123, S. 217; sehr eingehend zur Frage der Auslegung Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 44 f. und S.371 ff.

4) Vgl. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 145 f.

Das Reichsgericht¹⁾ und ihm folgend ein großer Teil der Lehre²⁾ nahm für den Veräußerungsvertrag Kauf an, wobei allerdings die Einschränkung gemacht wurde, daß wegen der Eigenheit des Vertragsgegenstandes genau zu prüfen sei, welche von den im BGB enthaltenen Bestimmungen über den Kauf eines Rechts anwendbar seien, und bei welchen dies nicht der Fall sei³⁾. Auch auf die dingliche Lizenz wurde in frühen Entscheidungen des Reichsgerichts⁴⁾ und von einigen Autoren⁵⁾ Kaufrecht angewendet. Die Regeln über den Kaufvertrag werden aber dem Doppelcharakter des Verwertungsvertrages nicht gerecht. Sie sind lediglich auf die Verschaffung eines Rechts gerichtet und vermögen der beabsichtigten Überlassung der Erfindung zur Nutzung nicht genügend Rechnung zu tragen.⁶⁾

Einen Sonderfall stellen die Verwertungsverträge dar, bei denen das Schutzrecht in eine Gesellschaft eingebracht werden soll. Hier wird allgemein Gesellschaftsrecht angewendet.⁷⁾ Es ist aber nicht möglich, diese Vorschriften auf alle Verwertungsverträge auszudehnen, sie müssen vielmehr auf die Fälle beschränkt werden, bei denen eine gegenseitige Verpflichtung der Vertragspartner zum Zwecke der gewinnbringenden Ausbeutung der Erfindung für gemeinschaftliche Zwecke eingegangen wird.⁸⁾

1) RG in GRUR 1938, S. 33.

2) Kohler, Handbuch, S. 58 f.; Isay, PatG, § 6 Anm. 4 und 5; Bussmann - Pietzcker - Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 265; Bernhardt, Lehrbuch, S. 173; Benkard, PatG, § 9 Anm. 11.

3) RG, a.a.O.

4) RGZ 76, S. 239 und in der älteren stempelrechtlichen Entscheidung RGZ 34, S. 302.

5) Breuer, GRUR 1912, S. 86 (87, 89 ff.); Seligsohn, PatG, § 9 Anm. 6.

6) Vgl. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 145 f.

7) Bernhardt, Lehrbuch, S. 173; Bussmann - Pietzcker - Kleine, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, S. 265; Reimer, PatG, § 9 Anm. 97.

8) So die Definition des Reichsgerichts in GRUR 1937, 1003 (1004).

Dingliche und obligatorische Lizenz wurden vielfach als Pacht behandelt.¹⁾ Für die dingliche Lizenz passen die Vorschriften des Pachtvertrages aber schon deshalb nicht, weil sie keine Übertragung eines Rechts beinhalten. Anwendbar erscheinen die Regeln des Pachtrechts allenfalls auf die negative Lizenz, doch auch hier läßt die eigenartige Gestaltung des Vertrages eine andersartige Behandlung geraten sein.

Es ist deshalb der heute herrschenden Meinung²⁾ zuzustimmen, die den Verwertungsvertrag als Vertrag eigener Art behandelt, der im Einzelfall mit Kauf, Gesellschaft oder Pacht Ähnlichkeit habe, auch die analoge Anwendung gewisser Vertragstypen gestatte, grundsätzlich aber nach eigenen Regeln zu beurteilen sei. Nur auf diese Weise ist es möglich, praktisch unbrauchbare Ergebnisse zu vermeiden. Die Eigenart des Verwertungsvertrages macht es notwendig, die anzuwendenden Rechtsregeln aus der Natur des Rechtsverhältnisses selbst zu entwickeln³⁾ und in jedem Fall besonders zu prüfen, inwieweit der Vertrag Merkmale aufweist, die eine entsprechende Anwendung einzelner für andere Vertragsarten geltender Vorschriften rechtfertigen.⁴⁾

III. Dauerschuldverhältnis

Ein Charakteristikum läßt sich für alle Typen des Verwertungsvertrages feststellen: Er ist ein Dauerschuld-

1) RGZ 90, S. 162; 115, S. 20; 116, S. 78 (82); 122, S. 70 (78 f.); 137, S. 359; Kohler, Handbuch, S. 589; Finger, GRUR 1916, S. 17 f.; Stumpf, Der Lizenzvertrag, S. 101.

2) Reimer, PatG, § 9 Anm.3; Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.19; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S.146; Tetzner, PatG, § 9 Anm.8; Isay, PatG, § 6 Anm.10; Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.5; Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 120; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S.32; ebenso die Rechtsprechung, vgl. RGZ 126, S. 65 (67).

3) RGZ 75, S. 400 (405).

4) RGZ 155, S. 306 (310).

verhältnis¹⁾. Dies gilt nicht nur für die negative Lizenz, bei der der Lizenzgeber für die Dauer der Nutzung auf sein Verbotungsrecht verzichtet, sondern für alle Verwertungsverträge. Wohl ist die Übertragung des Schutzrechts oder eines Ausschnitts desselben nur ein einmaliger Akt, das Schuldverhältnis zwischen den Parteien des Verwertungsvertrages wird aber dadurch nicht beendet, sondern es dauert die ganze Zeit fort, in der die Nutzung der Erfindung zu gewähren ist. Diese ist das entscheidende Ziel des Verwertungsvertrages. Die Übertragung des Schutzrechts oder eines Teils desselben ist nur das Mittel, um eine andauernde Nutzung zu gewährleisten. Gewöhnlich gilt die Nutzungsüberlassung für die Dauer der Gültigkeit des übertragenden Schutzrechts, es ist aber auch eine zeitlich engere Begrenzung möglich²⁾, so daß das Recht dann wieder an den Veräußerer bzw. Lizenzgeber zurückfällt³⁾. Schuldinhalt ist aber immer eine Leistungspflicht, die sich auf einen Zeitraum erstreckt, und dies ist nach O. v. Gierke⁴⁾ Merkmal des Dauerschuldverhältnisses.

IV. Gewagtes Geschäft

Eine weitere Besonderheit des Verwertungsvertrages ist sein Charakter als gewagtes Geschäft⁵⁾. Den Veräußerungs- und Lizenzverträgen wohnt ein besonderes Risiko inne, das über das natürliche Risiko hinausgeht, das allen Rechtsverhältnissen, deren Abwicklung sich auf längere Dauer erstreckt, durch die Unschätzbarkeit und Unvorhersehbarkeit der Abwicklung eigen ist. Das besondere Risiko der Verwertungsverträge liegt in der Eigenart der gewerblichen Schutzrechte begründet⁶⁾.

1) Beitzke, Nichtigkeit, S.57; Esser, Schuldrecht, S.62; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 146; Benkard, PatG, § 9 Anm.28, Anm.42; Reimer, PatG, § 9 Anm.27; Trüstedt, GRUR 1939, S.516 ff.; a.M.Lindenmaier, GRUR 1955, S.507 (509).

2) Reimer, PatG, § 9 Anm.12.

3) Vgl. v. Tuhr, Allgemeiner Teil, Bd.2 Teil 1, S.68.

4) O.v.Gierke, Jher.Jb. 64, S. 355 (358 f.).

5) Vor allem Hübner, GRUR 1937, S.902 (905 f.); ebenso Benkard, PatG, § 9 Anm.32; Hubmann, Gewerbbl.Rechtsschutz, S. 147; Reimer, PatG, § 9 Anm.3; Krausse-Katluhn-Lindenmaier, § 9 Anm.2.

6) Hübner, a.a.O. S. 906.

Die Schutzzfähigkeit einer Erfindung und die inhaltliche Bestimmung und Abgrenzung der zu erteilenden Schutzrechte ist von Faktoren abhängig, die auch bei sorgfältigster Prüfung oft nicht überschaubar sind. So hängt z.B. die Neuheit der Erfindung davon ab, daß sie nicht zur Zeit der Anmeldung in öffentlichen Druckschriften aus den letzten hundert Jahren beschrieben worden ist¹⁾. Für die Festlegung des Schutzzumfangs eines Patents oder Gebrauchsmusters wäre es notwendig, die ganze Bedeutung der Erfindung bereits im Patenterteilungs- oder Gebrauchsmustereintragungsverfahren zu kennen und alle möglichen Nachahmungsformen zu wissen²⁾. Die gewerblichen Schutzrechte sind deshalb nicht mit hoher Beständigkeit ausgestattet, sondern in besonderem Maße Einwirkungen ausgesetzt, die ihren Bestand beeinträchtigen und damit auch den Verwertungsvertrag mit einem Risiko belasten.

1) §§ 2 PatG, § 1 Abs. 2 GebrMG.

2) Vgl. Reimer, PatG, § 6 Anm.4.

2. Abschnitt

Die Behandlung bereits bei Vertragsschluß vorliegender Rechtsmängel.

Von den nachträglich auftretenden Rechtsmängeln sind die Fälle zu trennen, bei denen schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses das zu verwertende Recht nicht existiert oder mit einem Mangel behaftet ist. Hier gelten auch für den Verwertungsvertrag die Haftungsnormen der §§ 437, 434 BGB¹⁾, die nach § 445 BGB auf alle Umsatz- und Belastungsverträge gegen Entgelt entsprechende Anwendung finden. Ausgenommen hiervon sind lediglich die Verträge, bei denen eine obligatorische Lizenz eingeräumt wird, und der Lizenzgeber nur auf sein Verbotungsrecht verzichtet.

A. Haftung für den formellen Bestand des Schutzrechts.

Der Veräußerer oder dingliche Lizenzgeber haftet uneingeschränkt dafür, daß das Schutzrecht zurZeit des Vertrags-

1) Esser, Schuldrecht, S. 482.

Da der Veräußerer oder Lizenzgeber die Nutzung der Erfindung gewähren muß, kann sich auch eine Haftung für Sachmängel ergeben. Der Vertrag ist zwar nicht auf eine Sache, sondern auf ein geistiges Gut gerichtet, doch müssen die §§ 459 ff. BGB auf Mängel der Erfindung analog angewendet werden (BGH in GRUR 1960, S. 44 mit weiteren Nachw.). Der Veräußerer oder Lizenzgeber haftet also für die technische Ausführbarkeit der Erfindung (eingehend hierzu Reimer, PatG, § 9 Anm.27) und für ihre Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch (Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.14) sowie für zugesicherte Eigenschaften (Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S.148). Dagegen besteht keine Haftung für die Fabrikationsreife (BGH in GRUR 1955, S. 338 (340 f.)) der Erfindung und ihre Ertragsfähigkeit (RGZ 78, S. 363 (367); 106, S. 366). Unanwendbar sind die kurzen Verjährungsvorschriften des § 477 BGB, da die Mängel von Erfindungen nicht in so kurzer Zeit festgestellt werden können (RGZ 82, S. 155 (159); RG in GRUR 1938, S. 33 (34)).

schlusses formell besteht, und daß er zur Veräußerung und Lizenzvergabe berechtigt ist¹⁾. Insoweit hat der Erwerber bzw. Lizenznehmer Anspruch auf vollen Vertrauensschutz. Er muß sich darauf verlassen können, daß der Veräußerer oder dingliche Lizenzgeber sich über den Bestand des Schutzrechts und seine Berechtigung vergewissert, und daß er redlich ist.

Der Veräußerer oder Lizenzgeber haftet bei der Übertragung der Rechte aus einem Patent oder Gebrauchsmuster also dafür, daß das Patent erteilt, das Gebrauchsmuster eingetragen ist, und das Recht ihm noch zusteht²⁾. Wird das Recht aus der Anmeldung übertragen, so hat er dafür einzustehen, daß er der Erfindungsberechtigte ist³⁾. Sind Rechte aus einem Geheimverfahren Vertragsgegenstand, so ist § 437 dann heranzuziehen, wenn seine Anwendung bereits im Zeitpunkt des Verkaufs durch entgegenstehende Schutzrechte unmöglich gemacht ist⁴⁾.

Nach § 434 haftet der Veräußerer oder dingliche Lizenzgeber dafür, daß die übertragenen Befugnisse nicht durch Rechte Dritter, wie durch einen Nießbrauch, durch Pfandrechte, erteilte Lizenzen und zur Zeit des Vertragschlusses bekannte Vorbenutzungsrechte und Zwangslizenzen beeinträchtigt werden⁵⁾. Eine einfache Lizenz wird allerdings nicht dadurch beeinträchtigt, daß bereits andere einfache Lizenzen, Zwangslizenzen oder Vorbenutzungsrechte zu Gunsten Dritter bestehen, sie soll ja kein alleiniges Benutzungsrecht begründen.⁶⁾

In allen Fällen, in denen eine Rechtsmängelhaftung besteht, bestimmen sich die Rechte des Erwerbers bzw. Lizenznehmers nach § 440 BGB i.V.m. §§ 325, 326 BGB. Er kann nach

1) RGZ 82, S. 154 (157); BGH in NJW 1957, S. 1317; Benkard, PatG, § 9 Anm.32; Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.7; Reimer, PatG, § 9 Anm.25.

2) Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.7.

3) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 147.

4) Hubmann, a.a.O.

5) Reimer, PatG, § 9 Anm.25.

6) Reimer, PatG, § 9 Anm.32.

Fristsetzung zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Veräußerer bzw. Lizenzgeber haftet auf das Erfüllungsinteresse, nach § 252 BGB also auch für den entgangenen Gewinn.¹⁾ Abweichend hiervon will Pietzcker²⁾ die Haftung auf den Ersatz der gemachten Aufwendungen (Gebühren, Anschaffungen, Frachtkosten) beschränken, da niemand mit Sicherheit sagen könne, ob das Schutzrecht in der Hand des Erwerbers oder Lizenznehmers Gewinn abgeworfen hätte, oder ob es nicht binnen kurzer Zeit überholt oder wertlos geworden wäre. Diese bei der Feststellung des entgangenen Gewinns auftretenden Schwierigkeiten sind aber, wie Rasch³⁾ feststellt, lediglich Beweisfragen und können nicht zu einer Einschränkung der Norm des § 252 BGB führen.

B. Keine Haftung für absolut unmögliche Rechte

Nach allgemeiner Ansicht⁴⁾ wird eine Haftung aus § 437 jedoch dann verneint, wenn der Vertrag über ein Recht abgeschlossen wurde, dessen Entstehung rechtlich überhaupt unmöglich ist. § 437 bringt eine Durchbrechung des § 306 BGB aus dem Gedanken des Vertrauensschutzes⁵⁾ heraus: Der Schuldner soll, weil es sich bei der Veräußerung von Rechten nicht um einen sinnlich wahrnehmbaren Vertragsgegenstand handelt, an dem gegebenen Wort festgehalten werden.

Der Erwerber verdient aber dann keinen Schutz, wenn das angebliche Recht mit dem in dem Vertrag vorausgesetzten Inhalt unmöglich bestehen kann⁶⁾. Das Reichsgericht hat deshalb in RGZ 68, S. 292 dem Erwerber eines angeblichen

1) Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 7; Reimer, PatG, § 9 Anm.25; Krause - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.7.

2) Pietzcker, PatG, § 6 Anm.35.

3) vgl. auch Rasch, Der Lizenzvertrag, S.7.

4) RGZ 90, S. 240 (244); Staudinger - Ostler, § 437 Anm.17; RGR-Kommentar, § 437 Anm.3; Soergel - Siebert, § 437 Anm.1; Benkard, PatG, § 9 Anm.13; a.M. Heck, Schuldrecht, S. 286.

5) Esser, Schuldrecht, S. 479; Soergel - Siebert, § 437 Anm.2; Flume, Eigenschaftsirrthum und Kauf, S. 47.

6) vgl. RGZ 90, S. 240 (244).

Gebrauchsmusters an einem mit Reklamen und Annoncen versehenen Briefumschlag die Berufung auf § 437 BGB versagt, weil kein nach § 1 GebrMG schutzfähiges Muster vorlag. Ebenso hat es bei einem über die Laufdauer des Patents hinaus abgeschlossenen Lizenzvertrag den Lizenznehmer lediglich auf die Haftung des § 307 BGB verwiesen.¹⁾ Einer weiteren Entscheidung des Reichsgerichts²⁾ lag der Fall zugrunde, daß die Parteien einen zu weiten Schutzzumfang eines Patents annehmen, so daß die Erfindung, für die die Lizenz erteilt wurde, gar nicht mehr unter das Patent fiel.

Die Entscheidungen zeigen zugleich die Problematik, die sich für die Abgrenzung von § 437 BGB zu § 306 BGB ergibt. Die Bestimmung des Schutzzumfangs eines Patents oder Gebrauchsmusters bereitet oft größte Schwierigkeiten. Ebenso steht es mit den Kriterien für die Schutzfähigkeit von Erfindungen, wie Erfindungshöhe, Neuheit, technischer Fortschritt, gewerbliche Verwertbarkeit und soziale Nützlichkeit, bei deren Festlegung zumindest ein gewisser Beurteilungsspielraum gegeben ist³⁾. Da es vor allem Sinn des § 306 BGB ist, ein rechtlich unsinniges Leistungsverlangen zu verhindern⁴⁾, ist § 306 BGB deshalb auf die Fälle zu beschränken, bei denen die Entstehung des Schutzrechts rechtlich absolut unmöglich ist⁵⁾. Nur wenn das angebliche Schutzrecht unter keinen irgendwie denkbaren Umständen entstehen kann, ist die Anwendung des § 437 auszuschließen und der Erwerber oder Lizenznehmer auf Bereichungsansprüche und das Vertrauensinteresse nach §§ 307, 309 BGB zu verweisen.

1) RGZ 51, S. 92.

2) RGZ 78, S. 10.

3) Vgl. Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (511 f.).

4) Soergel - Siebert, § 437 Anm. 2; vgl. auch Zweigert SJZ 1949, S. 415.

5) Vgl. Lindenmaier, a.a.O., S. 511.

3. Abschnitt

Die nachträgliche Vernichtung oder Beeinträchtigung des Schutzrechts und ihre Folgen.

A. Die Vernichtung

Von den nachträglich auftretenden Rechtsmängeln ist die Vernichtung des Patents oder die Löschung des Gebrauchsmusters das einschneidendste Ereignis. Gründe hierfür sind materielle Mängel des Schutzrechts, die seine Erteilung, bzw. Eintragung als unzulässig erscheinen lassen¹⁾. Das Gesetz regelt die vielfältig gegebenen Möglichkeiten abschließend²⁾. Ein Patent oder Gebrauchsmuster ist danach namentlich dann für nichtig zu erklären, wenn nicht eine Lehre zum technischen Handeln gegeben wird, wenn die gewerbliche Verwertbarkeit, die Neuheit, der technische Fortschritt oder die Erfindungshöhe fehlen³⁾.

Die Wirkung der Nichtigkeitserklärung besteht beim Patent darin, daß dem Patentinhaber rückwirkend die durch die Patenterteilung verliehene Rechtsstellung wieder entzogen wird⁴⁾. Das Urteil wirkt rechtsgestaltend, indem es das Patent mit rückwirkender Kraft und mit Wirkung für und gegen alle vernichtet, so daß nunmehr die Rechtslage so anzusehen ist, als ob es nie bestanden hätte⁵⁾. Der Patentgegenstand wird gemeinfrei und kann von jedermann benutzt werden⁶⁾.

Ebenso wie das Patent wird das Gebrauchsmuster durch den Lösungsbeschluß ganz oder teilweise rückwirkend beseitigt⁷⁾. Dem Lösungsbeschluß kommt jedoch keine Gestaltungswirkung, sondern nur Feststellungswirkung zu⁸⁾.

1) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 153.

2) §§ 13 Abs.1, 13 a PatG, 7 GebrMG.

3) Vgl. Benkard, PatG, § 13 Anm.13

4) Benkard, PatG, § 13 Anm.38

5) RGZ 70, S. 346 (354)

6) Bernhardt, Lehrbuch, S. 208.

7) Reimer, GebrMG, § 7 Anm.4

8) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 155; Reimer, GebrMG, § 7 Anm.4.

Denn im Gegensatz zur Patenterteilung entsteht durch die Eintragung des Gebrauchsmusters kein Schutzrecht, wenn die Voraussetzungen der Schutzfähigkeit nicht gegeben sind. Der Lösungsbeschluß beseitigt also nicht ein an sich bestehendes Schutzrecht, sondern stellt nur fest, daß es von Anfang an nicht bestand, er beseitigt nur den durch die Eintragung entstandenen Schein eines Rechts.¹⁾

Die gleiche Bedeutung wie die Vernichtung des Patents oder die Löschung des Gebrauchsmusters hat die Versagung des Schutzrechts wegen fehlender Schutzfähigkeit der Erfindung. Die Versagung stellt klar, daß ein Recht an der Erfindung nicht besteht, sei es nun ein scheinbares Erfinderrecht oder ein Recht auf das Patent oder Gebrauchsmuster.

I. Keine Haftung aus § 437 BGB bei nachträglichen Rechtsmängeln.

Grundsätzlich wären auch bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts §§ 437, 434 BGB als Haftungsnorm anzuwenden. Nach allgemeiner Ansicht²⁾ trifft den Veräußerer oder dinglichen Lizenzgeber jedoch keine Haftung für den Fortbestand des Schutzrechts, da die besondere Natur der gewerblichen Schutzrechte eine Haftung für nachträglich bekanntwerdende Mängel ausschließt. In einer Entscheidung vom 3.12.1912³⁾, der der Fall eines nachträglich bekanntgewordenen Vorbenutzungsrechts⁴⁾ zugrundelag, begründet dies das Reichsgericht damit, daß der Lizenzgeber auch bei größten Anstrengungen nicht wissen könne, ob ein solches fremdes Benutzungsrecht bestehe. Wolle man ihm trotzdem die volle Gewährschaft für die Lückenlosigkeit des Wirkungskreises seines Patens aufbürden, so schließe dies eine unbillige, unbegründete Härte in sich

1) Vgl. Hubmann, a.a.O.

2) Schall, AcP 72, S. 128 ff.; Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (508) f.; Benkard, PatG, § 9 Anm.32; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 147.

3) RGZ 78, S. 365.

4) § 7 PatG.

und ginge über den regelmäßig zu unterstellenden Vertragswillen hinaus. Es dürfe auch beim Lizenznehmer die Erkenntnis vorausgesetzt werden, daß eine Sicherheit gegen Benutzungsrechte Dritter nicht gegeben sei. Das Reichsgericht betont deshalb abschließend, die Verneinung der Vertretungspflicht in dieser und in mehrfachen anderen Beziehungen könne umsoweniger Bedenken erregen, wenn die Natur des Lizenzvertrages als eines in der Regel gewagten Geschäfts beachtet werde¹⁾.

Diese Grundsätze haben für alle nachträglich auftretenden Mängel der gewerblichen Schutzrechte Anerkennung gefunden. Die Gewährleistung der §§ 437, 434 BGB ist in erster Linie Vertrauensschutz²⁾. Sinngemäß können sie auch nur dort Anwendung finden, wo schutzwürdiges Vertrauen besteht. Beim gewöhnlichen Kaufvertrag, für den §§ 437, 434 BGB in erster Linie geschaffen sind, erwartet der Käufer uneingeschränkte Erfüllung, beim Verwertungsvertrag dagegen kennt er die prekäre Natur des Erfüllungsversprechens³⁾ und weiß, daß er mit dem Vertrags-schluß ein Risiko eingeht.

Die Gewährleistungspflicht ist danach für die Fälle zu verneinen, daß das Schutzrecht nachträglich ganz oder teilweise vernichtet oder gelöscht wird⁴⁾, daß der Schutzzumfang des übertragenen Rechts im Verletzungsprozeß enger gefaßt wird als ursprünglich angenommen⁵⁾, oder daß sich nachträglich die Abhängigkeit des Schutzrechts von einem anderen zeigt, sich das Bestehen eines Vorbenutzungsrechts herausstellt⁶⁾ oder nachträglich Zwangslizenzen erteilt werden.

1) RG, a.a.O., S. 367 f.

2) siehe oben Seite 29.

3) Vgl. Schall, AcP 72, S. 128 (141)

4) RGZ 86, S. 45 (53); BGH in GRUR 1957, S. 595 (596)

5) RGZ 78, S. 10.

6) RGZ 78, S. 365.

Unbillige Ergebnisse werden dadurch vermieden, daß in den Fällen, bei denen der Veräußerer oder Lizenzgeber um eine drohende Beeinträchtigung des Schutzrechts weiß, eine Haftung aus culpa in contrahendo eingreift¹⁾. Aus dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen ergibt sich für den Veräußerer oder Lizenzgeber die Pflicht, dem anderen Teil alle ihm bei Vertragsschluß bekannten Umstände mitzuteilen, die die Erfüllung des Vertrages gefährden. Verschweigt er sie, so haftet er aus Verschulden bei Vertragsschluß²⁾.

Ihre Grundlage hat diese Haftung in § 242 BGB.³⁾ Sie tritt beim Verwertungsvertrag z.B. dann ein, wenn der Veräußerer oder Lizenzgeber die drohende Vernichtung des Schutzrechts wegen einer ihm bekannten Vorveröffentlichung oder offenkundigen Vorbenutzung nicht mitteilt, oder wenn er bei der Übertragung des Rechts aus der Anmeldung Umstände verschweigt, die der Erteilung des Rechts entgegenstehen. Die Mitteilungspflicht und die sich aus ihr ergebende Haftung besteht also immer dann, wenn Umstände in Rechnung zu stellen sind, die den Bestand der zu übertragenden Befugnisse bedrohen.⁴⁾

Regelmäßig geht der Anspruch des Geschädigten aus culpa in contrahendo auf Ersatz des Vertrauensschadens, d.h. er kann nur Ersatz seiner Aufwendungen verlangen⁵⁾ und nur ausnahmsweise, wenn er einen entsprechenden Erfüllungsanspruch gehabt hätte, steht ihm Ersatz des Erfüllungsinteresses zu⁶⁾. Es wird dem Erwerber oder Lizenznehmer aber schwer fallen, nachzuweisen, daß er bei Kenntnis der Sachlage zu einem günstigeren Vertragsabschluß gekommen wäre. Insbesondere für den Fall der arglistigen Täuschung erscheint deshalb der Umfang der Haftung nicht ausreichend. Hier ist der rechtspolitische

1) Vgl. zum Begriff RGR-Kommentar, § 276 Anm.89.

2) Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (508); Reimer, PatG, § 9 Anm.25; Benkard, PatG, § 9 Anm.13; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 621.

3) Palandt - Danckelmann, § 242 Anm.5.

4) Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (508).

5) RGZ 105, S. 47 (51); BGHZ 6, S. 330 (335).

6) RGZ 103, S. 51; 132, S. 80; 159, S. 57.

Gedanke der Sonderregelung des § 463 S. 2 BGB heranzuziehen, die den Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache auf das Erfüllungsinteresse haften läßt¹⁾. Auch den Veräußerer oder Lizenzgeber trifft bei arglistigem Verschweigen der drohenden Vernichtung oder Beschränkung des Schutzrechts ein so schwerwiegendes Verschulden bei Vertragsschluß, daß er für das Erfüllungsinteresse einstehen muß²⁾.

Daneben kann sich eine Haftung des Veräußerers oder Lizenzgebers aus positiver Vertragsverletzung ergeben, wenn durch sein Verschulden die übertragenen Rechte vernichtet oder beeinträchtigt werden³⁾. Solche Fälle treten dann ein, wenn er die übernommene Bezahlung der Patent- oder Gebrauchsmustergebühren unterläßt oder Angriffe Dritter nicht seinen vertraglichen Pflichten gemäß abwehrt.

Grundsätzlich geht der Anspruch auch hier nach § 249 BGB auf das negative Interesse. Wird durch die Vertragsverletzung der Vertragszweck aber derart gefährdet, daß dem vertragstreuen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann, so kann er die Gegenleistung verweigern oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder auch vom Vertrag zurücktreten.⁴⁾

1) Enneccerus - Lehmann, Schuldrecht, S. 192.

2) Vgl. Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (508); Reimer, PatG, § 9 Anm. 25. Auch Esser (Schuldrecht, S. 83) nimmt bei absichtlicher und sittenwidriger Schadenszufügung eine Haftung auf das Erfüllungsinteresse an.

3) Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 148.

4) BGHZ 11, S. 80.

II. Unmöglichkeit der Leistung als Folge der Vernichtung des Schutzrechts.

Löst die nachträgliche Vernichtung des Schutzrechts keine Haftung aus, so wirkt sie in anderer Weise auf den Veräußerungs- und Lizenzvertrag ein. Die logisch folgerichtige¹⁾ Konstruktion wird dabei von Kohler²⁾ vertreten: Wird das Patent- oder Gebrauchsmuster rückwirkend vernichtet oder versagt, so war das zu verschaffende Recht rechtlich nie existent und die Erfindung von Anfang an eine Sache des Gemeingebrauchs. Der Veräußerer oder Lizenzgeber ist weder in der Lage, das versprochene Recht zu verschaffen, noch die Nutzung der Erfindung zu gewähren. Der Vertrag ist auf eine von Anfang an unmögliche Leistung gerichtet³⁾. Auch eine negative Lizenz ist nicht möglich⁴⁾. Der Lizenzgeber kann nicht auf ein Recht verzichten, das er überhaupt nicht besitzt.

Staudinger - Werner⁵⁾ will Unmöglichkeit der Leistung allerdings nur dann annehmen, wenn die Entstehung des zu übertragenden Rechts absolut ausgeschlossen ist, während er in Fällen, in denen nur der Veräußerer das objektiv mögliche Recht nicht besitzt, nur anfängliches Unvermögen sieht. Entscheidend ist aber nicht, daß das Schutzrecht zwar an sich rechtlich möglich ist, sondern daß es nicht entstanden war und nicht besteht, so daß die Übertragung gerade dieses veräußerten Rechts objektiv unmöglich ist.⁶⁾ Staudinger - Werner sieht das Verhältnis von § 306 BGB zu § 437 BGB falsch. Bei ihm stehen beide Bestimmungen nebeneinander, d.h. § 306 BGB findet nach seiner Ansicht nur Anwendung, wenn die Leistung absolut unmöglich ist, während § 437 BGB nur eingreift, wenn lediglich anfängliches Unvermögen vorliegt. Nach herrschender Ansicht⁷⁾ enthält

1) Vgl. RGZ 86, S.45 (55).

2) Kohler, Handbuch, S. 591.

3) Ebenso auch Beitzke, Nichtigkeit, S.5.

4) § 241 S. 2 BGB

5) Staudinger - Werner, § 306 Anm. 2 b

6) Staudinger - Ostler, § 437 Anm. 18

7) Palandt - Gramm, § 437 Anm.1; Staudinger - Ostler, § 437 Anm. 17, 18; Soergel - Siebert, § 437 Anm.1

§ 437 BGB aber eine Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung des § 306 BGB. Unmöglich ist die Leistung auch bei Eingreifen des § 437 BGB, ausgeschlossen sind lediglich die Rechtsfolgen des § 306 BGB.

Für den Verwertungsvertrag haben wir nun die besondere Situation, daß die Vertrauenshaftung des § 437 BGB wegen des Risikocharakters nicht eingreift. Für den Fall der nachträglichen Vernichtung des Schutzrechts würde dies nach § 306 BGB die Nichtigkeit des Verwertungsvertrages ex tunc und seine Abwicklung nach Bereicherungsrecht bedeuten¹⁾.

III. Ersetzung der Nichtigkeit ex tunc durch eine Auflösung ex nunc

Diese Konsequenz wird jedoch von Rechtsprechung und Lehre gescheut. Die allgemein herrschende Auffassung gibt dem Erwerber oder Lizenznehmer im Fall der nachträglichen Vernichtung des Schutzrechts nur das Recht, das Vertragsverhältnis zu lösen; für die Zeit, in der das Schutzrecht als gültig angesehen wurde, sind die vereinbarten Gebühren zu bezahlen. Besteht nun weitgehend Einigkeit über das Ergebnis, so trifft dies keineswegs für die Begründung zu. Hier werden die verschiedensten Ansichten vertreten. Selbst die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist nicht einheitlich, und sie soll deshalb im Rahmen der einzelnen innerhalb der Literatur vertretenen Meinungen besprochen werden.

IV. Begründungsversuche der traditionellen Lehre

1. Begründung aus tatsächlicher Erfüllung

Teilsheißt es einfach, bis zur Vernichtung des Schutzrechts habe der Veräußerer oder Lizenzgeber erfüllt.

1) So Kohler, Handbuch, S. 591.

So führt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 17.12.1886¹⁾ aus: "Die Nichtigkeitserklärung hat zwar rückwirkende Kraft und soll, wie die Motive zum Patentgesetz (S.25) sich ausdrücken, die Rechtslage so anzusehen sein, als ob überhaupt für die Erfindung ein gesetzlicher Schutz nicht vorhanden gewesen wäre; allein soweit kann die Fiktion der Rückwirkung nicht ausgedehnt werden, daß sie selbst die Tatsache beseitige, daß ein Schutz (wenn auch kein gesetzlich begründeter) bestanden habe; der Lizenzträger kann, der Fiktion der Rückwirkung ungeachtet, nicht bestreiten, daß er bis zur Nichtigkeitserklärung - vielleicht viele Jahre hindurch - die Erfindung unter dem bestehenden Patentschutz ausgebeutet, daß ihm bis dahin alles geleistet worden ist, was er aus dem Verträge zu fordern hatte."²⁾

Trüstedt³⁾ geht sogar noch weiter. Bei dem vernichtbaren Schutzrecht handle es sich nicht nur um ein wirtschafts-

- 1) RGZ 17, S. 53. Der Entscheidung lag der sog. Mitscherliche Patentstreit zugrunde: Das Patent des Erfinders der Zellulosegewinnung aus Holz, Prof. Mitscherlich, war wegen einer Vorveröffentlichung in einer englischen Patentschrift für nichtig erklärt worden, obwohl der englische Anmelder nie über unfruchtbare Vorversuche hinausgekommen war. Etwa 30 Lizenznehmer, die nach dem Mitscherlichen Verfahren arbeiteten, stellten daraufhin ihre Zahlungen ein, verlangten Rückerstattung bereits bezahlter Gebühren und teilweise sogar Schadensersatz. Im ersten zur Aburteilung gelangenden Prozeß entschied in der Tat die erste und zweite Instanz zwar nicht auf Schadensersatz, aber doch dahin, daß Mitscherlich alle bereits erhaltenen Lizenzgebühren zahlen müsse, eine Entscheidung, durch welche der Erfinder eines Verfahrens, das Millionenwerte für die Volkswirtschaft geschaffen hatte, voraussichtlich zum armen Mann gemacht worden wäre. (Vgl. im einzelnen bei Schall, AcP 72, S. 128).
- 2) Bestätigt wurde diese Entscheidung in RGZ 20, S. 120.
- 3) Trüstedt, GRUR 1939, S. 516.

liches Gut, das lediglich einen tatsächlichen Schutz verleihe, vielmehr sei auch ein vernichtbares Patent bis zur Nichtigkeitserklärung ein Patent mit allen nur erdenklichen Rechtswirkungen. Der Erwerber könne gegen Störer mit allen rechtlichen Mitteln vorgehen, die das Schutzrecht verleihe. Auch das Gebrauchsmuster¹⁾ äußere, solange die Tatsachen, die die Geltendmachung der Ungültigkeit ermöglichten, nicht bekannt seien, alle rechtlichen Schutzwirkungen eines gültigen Gebrauchsmusters. Die Rückwirkung der Vernichtung sei nur Fiktion und Hilfsmittel rückschauender Betrachtung²⁾. Bis zur Vernichtung habe der Veräußerer oder Lizenzgeber also erfüllt, trete nun das die weitere Erfüllung hindernde Ereignis ein, so liege keine Verletzung der Verschaffungspflicht vor, sondern ein von den Parteien nicht vorgesehener Umstand, der die ursprünglich vorhandene Erfüllungsmöglichkeit nachträglich für die Zukunft wieder beseitige. Das Ergebnis sei deshalb aus der Anwendung des § 323 BGB i.V.m. den Bestimmungen des Pachtrechts, §§ 581 Abs.2, 537 und 543 BGB zu gewinnen.

Diese Folgerungen gehen aber zu weit. Wird das Schutzrecht vernichtet, so ist die Rechtslage so anzusehen, als ob es nie bestanden hätte³⁾. Eine Klage auf Schadensersatz

- 1) Die frühe Rechtsprechung des RG hatte bei einem Vertrag über ein nachträglich gelöschttes Gebrauchsmuster stets Nichtigkeit *ex tunc* angenommen, da das Gebrauchsmuster im Gegensatz zum Patent bei Vorliegen von Nichtigkeitsgründen nicht einmal formell bestehe, sondern sich jedermann auf seine Nichtigkeit berufen könne (RG in JW, 1900, S. 317 Nr. 18/ RG in Leipziger Zeitschrift 1908, S. 450 Nr. 28; RGZ 68, S. 292). Zur Gleichbehandlung von Patent- und Gebrauchsmuster kam das Reichsgericht erst in RGZ 86, S.45.
- 2) Gegen Kohler (Handbuch, S. 591) gerichtet, meint Trüstedt, auch dieser müsse zugeben, daß die seiner Ansicht entgegengesetzte Meinung sich auf noch lebendige Rechtsvorstellungen der alten Privilegiethorie stützen könne, wonach ein Privileg solange bestehe, bis es für nichtig erklärt werde. Diese Ausführungen Trüstedts gehen aber fehl. Auch er kann nicht daran vorbeigehen, daß nach geltendem Recht die Vernichtung des Schutzrechts mit rückwirkender Kraft erfolgt.
- 3) RGZ 70, S. 346 (354).

wegen unerlaubter Benutzung kann ebensowenig mit Erfolg erhoben werden wie eine solche auf Unterlassung künftiger Benutzung¹⁾. Auch wenn zur Zeit der Benutzung das Patent noch nicht vernichtet war, bewirkt die Nichtigkeitserklärung, daß die Nutzung nicht mehr als widerrechtlich angesehen werden kann²⁾. Einer noch anhängigen Verletzungsklage wird durch die Vernichtung des Schutzrechts rückwirkend die Grundlage entzogen, sie ist als von Anfang an unbegründet abzuweisen³⁾. Ist der Verletzer bereits rechtskräftig verurteilt, so kann er mit der Vollstreckungsgegenklage vorgehen⁴⁾. Bereits bezahlte Beträge kann er nach Bereicherungsrecht zurückfordern.⁵⁾ Auch die Strafbarkeit der vor der Vernichtung begangenen Verletzungshandlungen entfällt, die Handlungen werden nachträglich straflos⁶⁾. Die gleichen Wirkungen äußert die Löschung des Gebrauchsmusters⁷⁾.

Der Veräußerer oder Lizenzgeber hat bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts also nicht erfüllt. Er konnte dem Erwerber oder Lizenzgeber keine Schutzrechte verschaffen, und dieser konnte auch rechtlich nicht mit Erfolg gegen einen Verletzer vorgehen. Was dem Erwerber oder Lizenzgeber gewährt wurde, war lediglich der Schein eines Rechts. Weil die Konkurrenten meinten, es bestehe ein Schutzrecht, wagten sie keinen Wettbewerb zu machen, und nur aufgrund des Scheins wurde die Erfindung als geschützt angesehen. "Wer mir aber nur den Schein leistet", so argumentiert Kohler⁸⁾, "der leistet mir nicht die Sache, er leistet sie nicht, auch wenn ich infolge des Scheins faktischen Vorteil habe."

1) Kisch, GRUR 1936, 277

2) Kisch, a.a.O.

3) Benkard, PatG, § 13 Anm.39

4) RGZ 48, S. 384; Kisch, GRUR 1936, S. 277.

5) RGZ 103, S. 229 (230).

6) RGSt 14, S. 261; 30, S. 187

7) Reimer, GebrMG, § 7 Anm.12.

8) Kohler, Handbuch, S. 591 f.

2. Begründung aus modifizierten Leistungsversprechen

Noch eine zweite Meinung¹⁾ nimmt Erfüllung bis zur Vernichtung des Schutzrechts an. Sie versucht, die Schwierigkeiten, die sich aus der Unmöglichkeit der Rechtsverschaffung ergeben, dadurch zu umgehen, daß sie einen anderen Inhalt des Leistungsversprechens annimmt. Die versprochene Leistung soll danach nur darin bestehen, dem Erwerber oder Lizenznehmer die Möglichkeit einer bevorzugten Nutzung der Erfindung, eine tatsächliche Vorzugstellung zu verschaffen.²⁾

Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, daß es sich beim Erfindungsvertragsrecht um dispositives Recht handle, und daß deshalb der Inhalt des vertraglichen Leistungsversprechens durch Auslegung zu ermitteln sei.³⁾ Dazu meint das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 21.11.1914⁴⁾, man könne einem Lizenzvertrag sehr wohl die Auslegung geben, daß die Gegenleistung für die tatsächlichen Vorteile der Benutzung eines zur Zeit als gültig anerkannten Patents gewährt werde. Denn der Lizenznehmer erwerbe durch die Erlaubnis zur Benutzung eines demnächst der Nichtigkeitserklärung verfallenden Patents eine tatsächliche Benutzungsmöglichkeit, die ihm nicht ohne weiteres zur Verfügung stehe. Es könne daher nicht bestritten werden, daß er für die Zeit, wo das Patent als gültig erscheine, Vertragsvorteile in Gestalt einer günstigen geschäftlichen Stellung erwerbe, die er ohne Vertrag nicht haben würde⁵⁾.

1) v. Ziegler, GRUR 1909, S. 22 (27); Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 9; Hübner, GRUR 1937, S. 902; Hagens, GRUR 1914, S. 240; Dunkhase, MUW 1914 S. 251; RGZ 86, S. 45; RG in JW 1915, S. 196 Nr.8; GRUR 1916, S. 61; 1920, S.15; 1937, S. 137; 1943, S.35; RGZ 155, S. 306.

2) Isay (PatG, § 6 Anm.10) geht zwar davon aus, daß der Benutzer der Erfindung regelmäßig ein dingliches Recht erwerben wolle, die Gewährung der tatsächlichen Nutzung sei jedoch die wesentlichste Leistung des Lizenzgebers.

3) Hübner, GRUR 1937, S. 902 will vor allem der Eigenart des den Gegenstand der Verträge bildenden Rechtsgutes Rechnung tragen, "eines Rechtsgutes, welches in seinem Aufbau und seiner Struktur grundsätzlich verschieden ist von den Rechtsgütern, welche sonst den Gegenstand vertraglicher Abmachungen bilden."

4) RGZ 86, S. 45 (53 ff.).

5) Fast wörtlich die gleichen Ausführungen finden sich bei Hagens (GRUR 1914, S. 240) einem Mitglied des erkennenden Senats.

Die Annahme eines derartigen Vertrages würde aber voraussetzen, daß die Parteien schon bei seinem Abschluß von der Ungültigkeit des Schutzrechts ausgingen. Solche Fälle sind gelegentlich möglich¹⁾, so etwa, wenn zwischen den Parteien Streit über die Gültigkeit des Schutzrechts besteht und der Schutzrechtsinhaber dem anderen Teil die Nutzung der Erfindung gestattet, um ihn von einer Nichtigkeitsklage abzuhalten. In dieser Ausnahmesituation wird sich der Lizenznehmer mit der Einräumung der Nutzung der Erfindung begnügen.²⁾ Im Normalfall aber will er sich nicht nur gegen ein eventuelles Verbotungsrecht des Schutzrechtsinhabers absichern, sondern er will die Nutzung der Erfindung durch den Erwerb des Schutzrechts oder eines Teils desselben gewinnen. Kann der Lizenzgeber ihm dann nur den tatsächlichen Vorteil einer bevorzugten Nutzung einräumen, so reicht dies zur Erfüllung nicht aus.

3. Begründung aus dem Wegfall der Geschäftsgrundlage

Neuerdings hat Lindenmaier³⁾ einen Lösungsvorschlag entwickelt, der auf der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage aufbaut. Er erkennt zwar an, daß die zur Verfügungsstellung des Schutzrechts eine Hauptverpflichtung darstelle, meint aber, es liege in der besonderen Natur der gewerblichen Schutzrechte begründet, daß allgemeiner Erfahrung nach mit Beeinträchtigung oder Beseitigung des Rechts aufgrund vorher nicht bekannter Umstände gerechnet werden müsse. In dieser Beziehung könne deshalb lediglich eine Erwartung der Parteien Platz greifen, die den Charakter einer Geschäftsgrundlage habe. Bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts trete sowohl nach der subjektiven wie auch nach der objektiven Theorie ein Wegfall der Geschäftsgrundlage ein, und das Schuldverhältnis sei aufgrund von § 242 BGB entsprechend der beiderseitigen Interessenlage zu gestalten. Es ergebe sich damit die Mög-

1) Vgl. auch Kohler, Handbuch, S. 592.

2) Vgl. RG in GRUR 1939, S. 963 (964). Die Nutzung der Erfindung ist in diesen Fällen oft unentgeltlich, und es wird dann von einer Freilizenz gesprochen.

3) Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 ff., ebenso auch in Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.9.

lichkeit einer Kündigung und einer Verteilung der Zahlungspflicht entsprechend dem Umfang der Ausnutzung des Schutzrechts und des vom Erwerber oder Lizenzgeber erzielten besonders hohen Erfolges oder besonders geringen Gewinnes.

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage wurde entwickelt, um das Fehlen einer gesetzlichen Regelung für die Fälle auszugleichen, in denen Verträge, ohne daß eigentliche Leistungsstörungen vorliegen, in ihrer Abwicklung deshalb gegenstandslos oder erschwert werden, weil Umstände, von deren Existenz, Eintreten oder Fortbestehen die Parteien bewußt oder unbewußt ausgegangen sind, nicht bestehen, nicht eintreten oder endigen.¹⁾ Aufgrund des Nebeneinander von subjektiven und objektiven Tatbestandsmerkmalen, deren Überwiegen je nach Fallgestaltung verschieden ist, haben sich zwei Theorien gebildet, wobei die eine auf die subjektive²⁾, die andere auf die objektive³⁾ Geschäftsgrundlage abhebt. Das Fehlen der Geschäftsgrundlage löst jedoch für sich allein noch keine Rechtsfolgen aus, sondern wird erst dann erheblich, wenn und soweit das Festhalten am Vertrag infolgedessen gegen Treu und Glauben verstößt.⁴⁾ Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ist ein Unterfall des allgemeinen Tatbestands des Rechtsmißbrauchs⁵⁾ und der Unzumutbarkeit, eine Konkretisierung des Satzes von Treu und Glauben⁶⁾.

Die Prüfung der Geschäftsgrundlage kann folgerichtig nur bedeutsam werden, wenn der fragliche Sachverhalt nicht schon Kraft Gesetzes anderweitig und einschneidender auf die Leistungspflichten einwirkt.⁷⁾ Bei Unmöglichkeit der Leistung verbietet sich ein Eingehen auf die Geschäftsgrundlage schon logisch, da das Gesetz die Rechtsfolgen

1) Esser, Schuldrecht, S. 384 f.

2) Zur subjektiven Theorie: Oertmann, Geschäftsgrundlage, S. 37.

3) Zur objektiven Theorie: Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, insbes. S. 185.

4) Die Bedeutung der Zumutbarkeit wird besonders in der neueren Rechtsprechung, vor allem der des Bundesgerichtshofs betont (vgl. RGZ 158, S. 166 (175) 168, 121; OGHZ 1, S. 62; BGH in JZ 1952, S. 145 mit Anmerkung Kegel; MDR 1953, S. 282; NJW 1958, S. 1722).

5) Soergel - Siebert, § 242 Anm. 230.

6) Palandt - Danckelmann, § 242 Anm. 6.

7) Esser, Schuldrecht, S. 389.

dieser Leistungsstörung unabhängig von den Durchführungsvoraussetzungen der Parteien regelt¹⁾. Nun macht aber die Rechtsprechung²⁾ zumindest scheinbar eine Ausnahme: Bei wirtschaftlicher Unmöglichkeit werden die Rechtsfolgen nicht mehr den §§ 275 ff., 323 ff. entnommen, sondern nach den Grundsätzen über den Fortfall der Geschäftsgrundlage entschieden, um in der Würdigung der Umstände und der Beurteilung der Rechtsfolgen freier gestellt zu sein als nach den Regeln über die Unmöglichkeit³⁾. Ihre Rechtsfertigung erfährt aber diese Rechtsprechung, wenn man den Begriff der wirtschaftlichen Unmöglichkeit, als Leistung, die nur unter unzumutbaren Opfern möglich ist, näher betrachtet. Die wirtschaftliche Unmöglichkeit fällt nicht unter den Unmöglichkeitsbegriff des Gesetzes, sie wurde vielmehr von der Rechtsprechung entwickelt, und in Wahrheit handelt es sich auch hier stets um ein Problem der Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung, so daß sich die gleiche Wurzel findet wie bei der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage⁴⁾. Auf keinen Fall darf diese Rechtsprechung aber auf die Fälle physischer und rechtlicher anfänglicher Unmöglichkeit ausgedehnt werden, die ihre eindeutige Regelung im Rahmen der §§ 306, 437 BGB gefunden haben. Wohl fußen auch die Verpflichtungserklärungen der Parteien unausgesprochen auf den zur Zeit des Vertragsschlusses bestehenden Leistungsmöglichkeiten, die klare Gesetzesregelung verbietet es jedoch, die sich herausstellende Unmöglichkeit der Leistung unter so freien Gesichtspunkten wie der Vertragsgestaltung nach der Interessenlage zu würdigen.⁵⁾

Anfängliche Unmöglichkeit liegt aber auch nach der Konstruktion Lindenmaiers vor. Die Vernichtung des Schutzrechts bewirkt nicht nur, daß der Veräußerer oder Lizenzgeber kein für die Zukunft bestehendes Recht leisten kann, er ist überhaupt nicht in der Lage, das versprochene Recht zu schaffen, dieses ist rechtlich gar nie existent geworden.

1) Esser, Schuldrecht, S. 391.

2) Grundlegend RGZ 103, S. 328.

3) BGH in MDR 1953, S. 283; vgl. ferner RGZ 153, S. 356;

BGH in NJW 1952, S. 778.

4) BGH in MDR 1953, S. 283 (284).

5) Vgl. Soergel - Siebert, Anm. 30 vor § 275.

Lindenmaier sieht schon die Problemstellung nicht richtig. Ihm geht es vor allem um die Lösung des Erwerbers oder Lizenznehmers vom Vertrag. So führt er aus: "Da eine an sich bestehende Garantieverpflichtung des Patentinhabers für das Bestehenbleiben zu verneinen ist (RGZ 82, S. 155), bedarf es eines sonstigen Rechtsgrundes, wenn man das von altersher in der zur Erörterung stehenden Sachlage angenommene Rücktrittsrecht des Erwerbers oder Lizenznehmers rechtlich begründen will.*¹⁾ Die Schwierigkeit besteht aber doch gerade im Gegenteil, in der rechtlichen Begründung der Zahlungspflicht des Erwerbers oder Lizenzgebers, in der Aufrechterhaltung des Verwertungsvertrages bis zur Nichtigkeitserklärung des Schutzrechts.

Offiziell ist auch der Bundesgerichtshof²⁾ der Begründung Lindenmaiers gefolgt. Keiner der bisher entschiedenen Fälle hatte aber einschlägig die nachträgliche Vernichtung des Schutzrechts zum Gegenstand. Bei den in GRUR 1957, S. 595 und 1958, S. 532 abgedruckten Entscheidungen handelt es sich nicht um eine bereits ausgesprochene Vernichtung des Schutzrechts, sondern diese droht erst. Es liegt damit ein völlig anderer juristischer Tatbestand vor. Die geschuldete Leistung ist nicht unmöglich, und der zugrundeliegende Vertrag deshalb auch nicht nichtig. Hier ist durchaus noch Raum für eine Prüfung der Geschäftsgrundlage.

Bei dem der Entscheidung in GRUR 1961, S. 466 zugrundeliegenden Fall wurde nicht ein bereits erteiltes Schutzrecht übertragen, sondern Gegenstand des Vertrages war eine patentrechtliche ungeschützte Konstruktion, für die die Vertragspartner lediglich die Erzielbarkeit eines Patentschutzes ins Auge faßten. Hier ist das Patent tatsächlich nicht Leistungsinhalt, sondern nur gemeinsame Erwartung der Parteien, von der sie sich bei Abschluß des Geschäftes leiten lassen. Stellt sich nachträglich

1) Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (509).

2) BGH in GRUR 1957, S. 595; 1958, S. 532; 1961, S. 466; ebenso von der Lehre. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 148; Bernhardt, Lehrbuch, S. 184; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 171.

heraus, daß die Konstruktion nicht schutzfähig ist, so wird nicht die Leistung von Anfang an unmöglich, sondern wir haben die typische Situation des nachträglichen Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Mit dem Problem der rückwirkenden Vernichtung des Schutzrechts hat diese Entscheidung aber nichts zu tun, ihr liegt lediglich ein Sonderfall zugrunde, der zeigt, daß die Lehre vom Wegfall zwar zur Auflösung und Umgestaltung eines bestehenden Vertragsverhältnisses herangezogen werden kann, nicht aber zur Aufrechterhaltung eines von Anfang an nichtigen.

4. Begründung Müllereiserts aus einem Leistungshaftungsvertrag

Müllereisert¹⁾ versucht, das Problem durch die Annahme eines Leistungshaftungsvertrages zu lösen. Seiner Ansicht nach entsteht bei einem gegenseitigen Austausch von Leistungen, unabhängig von einem normalen, aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen zustande gekommenen Schuldvertrag, allein durch den Eintritt in einen Leistungsaustausch ein Leistungshaftungsvertrag. Es kommt dabei nicht auf die Gültigkeit des Versprechensvertrages an, die individuelle Einigung kann vielmehr völlig fehlen und wird ersetzt durch das generelle Einigsein seitens der rechtlichen Umwelt in Bezug auf die Vertragsbedeutung, welche gewissen in Vollzug gesetzten Austauschgeschäften von Leistung und Gegenleistung aufgrund objektiver Rechtsbewertung zukommt²⁾. Der so entstehende Haftungsvertrag begründet unmittelbar die Haftung, das Vorstadium der Schuldbegründung wird bei seinem Zustandekommen übersprungen und unmittelbar in das Leistungshaftungsverhältnis eingetreten.³⁾

Auf diese Weise ist es Müllereisert möglich, die durch die Vernichtung des Schutzrechts ausgelöste Nichtigkeit des Veräußerungs- oder Lizenzvertrages zu ignorieren.

1) Müllereisert, Mitt. 1943, S.4; 1944, S.33.

2) Müllereisert, Mitt. 1943, S. 4 (5).

3) Müllereisert, a.a.O., S. 5.

Er stellt lediglich fest, der Erwerber oder Lizenznehmer habe sich in einer allgemein üblichen Weise in einen Leistungsaustausch eingelassen und hafte deshalb aufgrund des durch die Umweltbewertung entstehenden Leistungshaftungsvertrages nach Vertragsrecht. Zu diesem Vertragsrecht gehörten dann auch die Rechte aus §§ 325, 326 BGB, besonders das Rücktrittsrecht vom Vertrag¹⁾.

Um nun zu einer Auflösung ex nunc zu kommen, bedarf Müllereisert noch der Zuhilfenahme einer zweiten von ihm geschaffenen Rechtsfigur, der sog. Rechtsanmaßung²⁾. Diese liegt nach Müllereisert dann vor, wenn innerhalb eines Wertzusammenhangs von einem Beteiligten, sei es bewußt oder unbewußt, ohne Berechtigung ein rechtliches Können in Anspruch genommen wird³⁾. Folge dieser Rechtsanmaßung ist die Haftung für die mit dieser Rechtsstellung verbundenen Pflichten⁴⁾. Für die Auflösung des Veräußerungs- und Lizenzvertrages schließt Müllereisert daraus, daß für genossene und irrevesible Vorteile und für genossenen Rechtsbesitz und Rechtsschutz auch bei im übrigen berechtigten Rücktritt vom Vertrag die erfolgten Gegenleistungen nur soweit zurückgefordert werden können, als ihr Wert den der genossenen Vorteile und Rechte erheblich übersteige. Das habe zur Folge, daß das Rücktrittsrecht vom Vertrag versage und an seine Stelle die Kündigung des Vertrages mit Abwicklung für die Zukunft trete.⁵⁾

Der Leistungshaftungsvertrag Müllereiserts ist reine Fiktion.⁶⁾ Schuld begründend wirkt zwischen den Beteiligten eines Leistungsaustauschs allein der aufgrund gegenseitiger Willensübereinstimmung zustandegekommene Schuldvertrag.

1) Aus der Haftung eines Beteiligten vor allem Rechte desselben herzuleiten, ist ein Widerspruch in sich. Mit Recht spricht v.Caemmerer (NJW 1947/48, S. 238 f.) von einem Mißbrauch, den Müllereisert mit seinen unklaren zwischen Vollstreckungszugriff, schuldnerischen Verantwortungsbereich und Gewährübernahme schwankenden Haftungsbegriff treibe.

2) Müllereisert, a.a.O. S.4.

3) Müllereisert, Vertragslehre, S. 186.

4) Müllereisert, Mitt.43, S. 4 (5).

5) Müllereisert, Mitt. 43, S. 4 (5).

6) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 150.

Eine zusätzliche Leistungshaftung, die durch den Leistungsaustausch aufgrund eines Schuldvertrages oder generellen Einigseins der Umweltsrechtsbewertung begründet sein soll, kennt unser Recht nicht¹⁾. Gerade die Unterscheidung des BGB zwischen abstraktem Kausalgeschäft und dinglichem Erfüllungsgeschäft schließt einen durch den Leistungsaustausch begründeten Haftungsvertrag aus. Die ganze Systematik des BGB würde sonst hinfällig.

Genausowenig fundiert ist die Lehre Müllereiserts von der Rechtsanmaßung. Der von ihm aufgestellte Grundsatz geht weit über die im BGB geregelten Haftungs- und Ausgleichstatbestände hinaus und kann in dieser Allgemeinheit nicht aufrechterhalten werden. Die daraus entspringenden Haftungsansprüche müßten sonst ins Uferlose wachsen.²⁾ Im speziellen Fall des Verwertungsvertrages bei nachträglich vernichtetem Schutzrecht erscheint es zudem in doppeltem Sinn paradox, von einer Rechtsanmaßung zu sprechen. Einmal besteht gar kein Recht, und zum anderen nimmt Müllereisert gerade zuvor ein vertragsähnliches Verhältnis an.

V. Der Lösungsversuch von Simitis

1. Einbeziehung des Verwertungsvertrages in den Problemkreis der faktischen Vertragsverhältnisse.

Simitis stellt den Verwertungsvertrag bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts in die Reihe der faktischen Vertragsverhältnisse³⁾. Er behandelt ihn aber nicht von der

- 1) Der Leistungshaftungsvertrag Müllereiserts entspricht auch nicht den aus dem Problemkreis der faktischen Vertragsverhältnisse bekannten Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten (vgl. hierzu Larenz, Schuldrecht, Allg. Teil, S. 34 ff., NJW 1956, S. 1897 ff.). Dort soll ein originäres Schuldverhältnis entstehen und nicht lediglich ein Ersatzhaftungsverhältnis, wie Müllereisert dies annimmt.
- 2) Zur Kritik der gesamten Lehre von Müllereisert vgl. insbesondere von Caemmerer, NJW 1947/48, S. 338.
- 3) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 550.

speziellen Problematik des Patent- und Gebrauchsmusterrechts her, sondern versucht das "faktische Lizenzverhältnis" im Rahmen einer einheitlichen Problematik aller faktischen Vertragsverhältnisse zu sehen und einem gemeinsamen Oberbegriff, dem des "sozialen Vertragsverhältnisses"¹⁾ zu unterstellen. Die Berechtigung hierzu erblickt er in dem seiner Ansicht nach gemeinsamen Grund aller faktischen Vertragsverhältnisse, dem Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis, der vor allem durch das Spannungsverhältnis zwischen der rein formalen rechtlichen Gleichheit des Gesetzes und der realen wirtschaftlichen Ungleichheit bedingt sei.²⁾

2. Die Begründung der faktischen Vertragsverhältnisse aus dem Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis

Simitis sieht in dem Vertragsverhältnis, wie es in den Bestimmungen des BGB seinen Niederschlag gefunden hat, den "vielleicht konsequentesten Ausdruck der Epoche des Liberalismus."³⁾ Die Gestaltung des Vertragsverhältnisses sei allein dem Willen der Vertragspartner überlassen, nach den Vorstellungen des Gesetzgebers begegne der Gleiche dem Gleichen, die Bestimmung der Vertragsbedingungen erfolge individuell durch gegenseitigen Interessenausgleich. Das Vertragsverhältnis werde so zum Fundament des liberalen Freiheitsbegriffes.

Die Situation, von der der Gesetzgeber ausgehe, sei aber in der gesellschaftlichen Wirklichkeit in zweifacher Hinsicht nicht gegeben.

Einmal brächten es die sozialen Verhältnisse mit sich, daß sich nicht nur wirtschaftlich gleiche Partner gegenüberstünden, sondern der wirtschaftlich Stärkere begegne dem wirtschaftlich Schwächeren. Bei der Begründung des

1) Vgl. zum Begriff Simitis, a.a.O., S. 550.

2) Simitis, a.a.O., S. 533.

3) Simitis, a.a.O., S. 69.

Vertragsverhältnisses finde dann keine individuelle Abwägung der Vertragsbedingungen mehr statt, an ihre Stelle trete vielmehr die Aufdrängung der Bedingungen, zu welchen das Vertragsverhältnis zustandekommen solle durch den wirtschaftlich stärkeren Partner. Das führe geradezu zu einer Verkehrung des Vertragsschlusses als Ausdruck der Freiheit und Gleichheit der den Wirtschaftsvorgang begründenden Subjekten in sein Gegenteil. Der Vertragsschluß werde durch eine oktroyierte Ordnung ersetzt, der subjektive Ausgangspunkt des Gesetzgebers werde aufgegeben.¹⁾

Zum zweiten werde die individuelle Gestaltungsfreiheit des Gesetzes dadurch eingeschränkt, daß das Vertragsverhältnis auf die Verwirklichung in der gesellschaftlichen Wirklichkeit hin angelegt sei und so von der Individualsphäre auf die Sozialsphäre übergreife²⁾. Damit wirke auch die Sozialsphäre ihrerseits auf das Vertragsverhältnis ein und führe zu einer Objektivierung des subjektiven Ausgangspunkts. Der Einzelne sei nicht mehr in der Lage, das Vertragsverhältnis ausschließlich nach seinem Willen zu regeln, es werde vielmehr in dem Sinne geregelt, der ihm durch den Verkehr, innerhalb dessen es sich verwirkliche, beigemessen werde.³⁾

Simitis bezeichnet diese Erscheinung als Vermassung und Verdinglichung des Vertragsverhältnisses. Unter Vermassung⁴⁾ versteht er, daß sich schon in der einfachen Form der alltäglichen Geschäfte die Beseitigung des Individuums als Vertragspartner vollziehe. Vertragspartner sei nicht mehr der Einzelne, Vertragspartner sei jeder, der bereit sei, die gestellten, dem Vertragsschluß vorgegebenen Bedingungen zu erfüllen. Die Verdinglichung⁵⁾ komme darin zum Ausdruck, daß die Person aufhöre, Mittelpunkt aller rechtlichen Überlegungen über das Vertragsverhältnis zu sein.

1) Simitis, a.a.O., S. 89 ff., S. 93.

2) Simitis, a.a.O., S. 72.

3) Simitis, a.a.O., S. 69 ff., S. 103.

4) Simitis, a.a.O., S. 87.

5) Simitis, a.a.O., S. 88.

Der in der gesetzlichen Form des Vertragsverhältnisses zum Ausdruck gelangte individualbestimmte Charakter des Vertragsverhältnisses werde so durch einen immer mehr sozial bestimmten ersetzt. Die Rückwirkung der Sozial-sphäre auf die allein als maßgeblich erachtete Individual-sphäre hebe die gestaltende Funktion des individuellen Willens auf, indem sie diesen entweder völlig ausschalte oder ihn derart interpretiere, daß die subjektive Willens-richtung, das wirklich Gewollte, ignoriert werde.¹⁾

Der subjektive Ausgangspunkt des Gesetzgebers sei somit nicht mehr gegeben, an seine Stelle trete eine zunehmende Objektivierung der Deutung des Vertragsverhältnisses. Entscheidendes Moment sei die Tatsache der Betätigung innerhalb des wirtschaftlichen Verkehrs innerhalb der Sozialsphäre geworden. Diese Betätigung stelle den Mittelpunkt aller Vertragsverhältnisse dar.²⁾

Das Problem, das den faktischen Vertragsverhältnissen zugrunde liege, sei die Frage der rechtlichen Deutung dieser Betätigung innerhalb der Sozialsphäre.³⁾ Es sei zu fragen, ob der Vertragsschluß, so wie er vom Gesetzgeber aufgefaßt und geregelt worden sei, nach wie vor die einzige Möglichkeit für die Begründung eines Vertragsverhältnisses bilde, oder ob die Interessen der am wirtschaftlichen Verkehr Beteiligten die rechtliche Anerkennung noch einer weiteren Möglichkeit forderten, nämlich das Werten eines bestimmten Verhaltens im Verkehr, in der Sozialsphäre.⁴⁾

Die Antwort gewinnt Simitis aus seiner soziologisch bestimmten Ausgangsposition. Grundlegende Forderung für ihn ist, daß Recht nicht losgelöst von der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu betrachten, sondern es als gesellschaftliches Phänomen aufzufassen.⁵⁾

1) Simitis, a.a.O., S. 93.

2) Simitis, a.a.O., S. 94.

3) Simitis, a.a.O., S. 95.

4) Simitis, a.a.O., S. 95 f.

5) Simitis, a.a.O., S. 37.

Zwischen dem gesellschaftlichen Sein und dem Sollen des Rechts bestehe eine dialektische Wechselbeziehung, das Recht wandle sich als Teil der Wirklichkeit mit ihr.¹⁾ Das Sollen, das das Recht darstelle, könne nur richtig verstanden werden, wenn es als ein dem Sein der gesellschaftlichen Wirklichkeit immanentes erkannt werde. Nicht das Recht entscheide, welche Rechtsfolgen an die konkret gegebene Wirklichkeit geknüpft werden müßten, sondern die konkret gegebene historische Wirklichkeit entscheide über Form und Inhalt des Rechts, der einzelnen Rechtsinstitute.²⁾

Das Rechtsinstitut definiert Simitis als die Summe einer Reihe von Rechtsnormen.³⁾ Diese Normen bildeten die Form des jeweiligen Rechtsinstituts. Als Erscheinungsform des Rechts sei das Rechtsinstitut zugleich aber auch Deutungsschema der das Recht bestimmenden und zustandebringenden Elemente des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses, die sich hieraus ergebenden Erfordernisse und Notwendigkeiten bildeten seinen Inhalt.⁴⁾ Dieser Inhalt wandle sich mit der Wirklichkeit, während die Form nur ein Moment des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses festhalte und als Erstarrungsprodukt hinter dem Inhalt zurückbleibe.⁵⁾ Das im Laufe der Zeit zwischen der Form und dem Inhalt des Rechtsinstituts auftretende Spannungsverhältnis sei aus der Erkenntnis heraus zu beheben, daß die Bedeutung eines Rechtsinstituts nicht in seiner statischen Form liege, sondern in seinem dynamischen Inhalt, der die ihm innerhalb der gegebenen Gesellschaftsordnung zukommenden Aufgaben zum Ausdruck bringe.⁶⁾ Die Form des Rechtsinstituts sei dem sich wandelnden Inhalt anzupassen, der Wandel der sozialen Funktion bedinge eine Relativierung der Bedeutung der das Rechtsinstitut konstituierenden Normen, ihre Anwendbarkeit werde eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen.⁷⁾

1) Simitis, a.a.O., S. 31.

2) Simitis, a.a.O., S. 32 f.

3) Simitis, a.a.O., S. 49.

4) Simitis, a.a.O., S. 52.

5) Simitis, a.a.O., S. 53 ff.

6) Simitis, a.a.O., S. 56 ff.

7) Simitis, a.a.O., S. 60 ff.

Für das Vertragsverhältnis kommt Simitis zu dem Ergebnis, daß die soziale Funktion des Rechtsinstituts seine Form überholt habe. Die auf den übereinstimmenden Willenserklärungen beruhende Ordnung des Vertragsverhältnisses müsse deshalb dort ihre Daseinsberechtigung verlieren, wo sie den Anforderungen der in der gesellschaftlichen Wirklichkeit als gerecht erscheinenden Ordnung widersprechen würde¹⁾. Die übereinstimmenden Willenserklärungen seien deshalb nur eine der Begründungsmöglichkeiten des Vertragsverhältnisses²⁾. Die Verhaltensregeln, die das Rechtsinstitut Vertragsverhältnis festsetze, wirkten nicht nur dann, wenn eine Willensübereinstimmung gegeben sein sollte. Sie könnten auch ohne eine solche für die Betätigung der Beteiligten innerhalb der gegebenen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung im Hinblick auf die Gestaltung einer bestimmten Interessenlage maßgebend sein.³⁾ Das dem unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen zustandegekommene Vertragsverhältnis eigene subjektive Merkmal des Willens der Beteiligten werde im Falle des faktischen Vertragsverhältnisses durch das objektive Merkmal der Betätigung im Verkehr ersetzt.⁴⁾

Die Willensübereinstimmung bleibe zwar die primäre Begründungsmöglichkeit, aber nicht die einzige. Faktisches Vertragsverhältnis und vertragliches Vertragsverhältnis seien nicht gegenseitig sich ausschließende Elemente, sie seien im Gegenteil sich ergänzende konstitutive Elemente eines einheitlichen Rechtsverhältnisses, des Vertragsverhältnisses als solchem⁵⁾. Auch auf das faktische Vertragsverhältnis seien daher alle Bestimmungen über Vertragsverhältnisse mit Ausnahme derjenigen anzuwenden, die sich auf die Entstehung gerade durch Willenserklärung beziehen. Darüber hinaus verhinderten absolute Nichtigkeitsgründe auch die Entstehung eines rechtsgültigen faktischen Vertragsverhältnisses.⁶⁾

1) Simitis, a.a.O., S. 537 f. 2) Simitis, a.a.O., S. 538.

3) Simitis, a.a.O., S. 538. 4) Simitis, a.a.O., S. 540.

5) Simitis, a.a.O., S. 541. 6) Simitis, a.a.O., S. 563.

Er versteht darunter insb. Verstöße gegen Gesetz und gute Sitten. Die Rechtsordnung könne ihren Bestand nicht selbst negieren, absolute Nichtigkeitsgründe seien aber solche, die sich gegen ihren Bestand richten.

3. Die Folgerungen für den Verwertungsvertrag bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts

Diese Erkenntnis wendet Simitis nun auf den Verwertungsvertrag an.¹⁾ Er geht davon aus, daß der Erwerber oder Lizenznehmer bis zur Nichtigkeitserklärung des Patents alle mit der Patentierung zusammenhängenden Vorteile genossen habe, so daß er dafür auch eine Lizenzgebühr zahlen müsse. Der Einwand, daß er in Wirklichkeit niemals mit Erfolg gegen Verletzer habe vorgehen können, ändere nichts an der Tatsache, daß die eigentliche Ursache für die Annahme, daß eine Gebühr bezahlt werden müsse, in der erfolgten tatsächlichen Nutzung zu sehen sei, auch wenn es für die Nutzung wegen der Nichtigkeit des Patents gar keines Vertrages bedurft hätte. Der Lizenznehmer habe sich innerhalb des wirtschaftlichen Verkehrs so betätigt, als ob ihm die Nutzung einer patentierten Erfindung zustünde. Seine Betätigung sei der eines Lizenznehmers im Falle eines gültigen Vertrages völlig gleich. Die Interessenlage zwischen ihm und dem Lizenzgeber sei deshalb genau so zu beurteilen wie im Falle eines gültigen Vertrages. Das rein faktische Moment der erfolgten Nutzung habe die Interessenlage der eines gültigen Vertrages angeglichen. Dieses Moment der tatsächlichen Nutzung führe infolgedessen zu der Entstehung eines Verhältnisses zwischen Lizenzgeber und Nehmer, das den Charakter eines Vertragsverhältnisses trage, das trotz der Tatsache, daß die für die Entstehung eines Vertragsverhältnisses aufgestellten gesetzlichen Regeln nicht erfüllt worden seien, zu der Erzeugung all derjenigen Rechte und Pflichten führe, die für das Vertragsverhältnis kennzeichnend seien.²⁾

1) Simitis, a.a.O., S. 581 ff.

2) Simitis, a.a.O., S. 583.

VI. Kritik der Lehre von Simitis

1. Fehlende Legitimation für die Anerkennung objektiver Tatbestände

Simitis kommt für das faktische Vertragsverhältnis im wesentlichen zu einem Ergebnis, das Haupt schon in seiner Leipziger Antrittsrede¹⁾ im Jahre 1941 niedergelegt hat. Haupt prägte den Begriff der faktischen Vertragsverhältnisse für solche Schuldverhältnisse, die nicht durch Vertragsschluß, sondern durch tatsächliche Vorgänge begründet werden²⁾. Er betonte allerdings die Unmöglichkeit, einen eindeutigen und einheitlichen Tatbestand der faktischen Vertragsverhältnisse zu normieren und beschränkte seine Abhandlung auf die Darstellung von drei typischen Fallgruppen, den faktischen Vertragsverhältnissen kraft sozialen Kontakts, kraft Einordnung in eine Gemeinschaftsverhältnis und kraft sozialer Leistungsverpflichtung.³⁾

1) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, veröffentlicht in Festschrift für H. Siber, Bd. 2, S. 1 ff.

2) Haupt, a.a.O., S. 8 f.

3) Von allgemeinem Interesse sind heute im wesentlichen die Gemeinschaftsverhältnisse, zu denen die faktische Gesellschaft und das faktische Arbeitsverhältnis zählen, und die dritte Gruppe, die Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge. Hinsichtlich der Schuldverhältnisse aus sozialem Kontakt besteht Einigkeit, daß man sie aus der besonderen Problemstellung der faktischen Vertragsverhältnisse ausklammern sollte. Grundlegend waren hier insbesondere die Ausführungen von Dölle (ZGesStW Bd. 103, S. 67 ff.); ebenso Lehmann, NJW 1958, S. 1 (2); Esser, AcP 157, S. 86 (89); Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 10 f. Es handelt sich lediglich um Haftungsfragen, die ihren Grund hauptsächlich in der unbefriedigenden Lösung des § 831 BGB haben (vgl. Larenz, NJW 1954, S. 515, 517). Simitis will neben dem Lizenzvertrag bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts noch das Mietverhältnis, die Wechsel- und Scheckverbindlichkeit und die Haftung bei Erteilung von Auskünften zu den faktischen Vertragsverhältnissen zählen, worauf aber im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden kann. Es sei jedoch auf die allgemeine Tendenz hingewiesen, das Schlagwort von den faktischen Vertragsverhältnissen abzubauen und zu einer differenzierenden Betrachtungsweise zu kommen. (vgl. Esser, AcP 157, S. 86, 89; Lehmann, NJW 1958, S. 1, 5; Wieacker, JZ 1959, S. 382.

Ihren Unterschied zu den sonstigen zivilrechtlichen Verträgen sieht Haupt lediglich in dem Hergang ihres Zustandekommens, während sie in ihrer Existenz grundsätzlich gleichstehen. Auch er will die Regeln des Vertragsrechts unmittelbar auf die faktischen Vertragsverhältnisse anwenden.¹⁾

Die Haupteinwände gegen diese Vertragsverhältnisse ohne Vertragsschluß faßt Nipperdey²⁾ zusammen, indem er erklärt, die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis sei weder mit dem geltenden Recht vereinbar, noch entspreche sie der Lebensauffassung, noch sei sie praktisch notwendig. Auch H. Lehmann³⁾ sieht in der Lehre Haupts einen weitgehenden Verstoß gegen den grundsätzlichen Aufbau unserer Rechtsordnung auf der Kategorie des Vertrages. Haupt bringe eine unmögliche Identifizierung von Sein und Sollen, die zu einer Preisgabe der Rechtsordnung überhaupt führen müsse. In der Tat fehlt es bei Haupt an einer genügenden rechtsdogmatischen Begründung für die rechtliche Anerkennung objektiver Tatbestände. Die Berufung darauf, daß das Recht an der Wirklichkeit nicht vorbeikomme, ist keine Legitimation, sondern eine unzulässige naturwissenschaftliche Betrachtungsweise.⁴⁾

Auch der Rechtfertigungsversuch von Simitis aus dem Wandel der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis heraus verfällt in den gleichen Fehler⁵⁾. Er will aus soziologischen Erkenntnissen rechtsdogmatische Folgerungen ziehen. Das soziale Phänomen ist aber im Gesetzesstaat keine Autorität, der Richter ist vielmehr an Gesetz und Recht gebunden⁶⁾. Die Normen des Gesetzes können nicht aufgrund vermeintlicher soziologischer Entwicklung einfach aufgegeben und durch die Orientierung an

1) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 9 ff.,

2) Nipperdey, MDR 1957, S. 129.

3) Lehmann, JherJb. 90, S. 133, NJW 1958, S. 1 ff.

4) Beitzke, Nichtigkeit, S. 13 f.

5) Kritisch zu Simitis: Ballerstedt, AcP 157, S. 117 ff.; Blomeyer, MDR 1957, S. 447; Esser, AcP 157, S. 86 ff.; Larenz, NJW 1958, S. 862; Lehmann, NJW 1958, S. 1; Steindorff, BB 1958, S. 492; Wieacker, JZ 1959, S. 382.

6) Esser, AcP 157, S. 86 (91); Lehmann, NJW 1958, S. 1.

der Wirklichkeit ersetzt werden. Die soziale Entwicklung kann vielmehr nur Anlaß zu verbesserter Tatbestandsbildung unter Anknüpfung an das geltende Rechtssystem sein.¹⁾ Was Simitis aufzeigt, ist der Konflikt zwischen Gesetz und Recht. Aber er verkennt den Sinn der Normen des Gesetzes. Sie sind nicht nur in einem Augenblick der historischen Wirklichkeit konkretisierte Ordnungsmittel, in ihnen kommt vielmehr der im Sein zu verwirklichende Sinn des Rechts, die Rechtsidee zum Ausdruck.²⁾ Diesen in der Idee der Gerechtigkeit gegründeten absoluten Sinn des Rechts sieht Simitis nicht, worauf vor allem Ballerstedt³⁾ hinweist. Für ihn ist lediglich die Ordnungsfunktion in der gegebenen Wirklichkeit entscheidend. Damit muß er aber einem haltlosen Pragmatismus verfallen.

2. Überschätzung der Bedeutung der sozialen Dynamik

Simitis überschätzt die Bedeutung der sozialen Dynamik für die Ausbildung der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse. Die Frage der Behandlung von Leistungsbeziehungen mit mangelnder vertraglicher Grundlage ist im Prinzip ein zeitloses Problem⁴⁾. Mit dem Abheben auf die soziale Entwicklung werden nur die eigentlichen Schwierigkeiten überdeckt, die ihren Grund in der Rechtsgeschäftslehre selbst haben. Einer rechtsdogmatischen Lösung ist damit aber wenig gedient. Diese muß vielmehr davon ausgehen, daß der Mangel einer einwandfreien vertraglichen Grundlage auf ganz verschiedenen Elementen und Eigenheiten der Rechtsgeschäftslehre beruht, und daß in ihnen der Ansatzpunkt für eine Lösung gesucht werden muß.⁵⁾

a) Die Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge.

Mit einer sozialen Erscheinung, die bei Schaffung des BGB nicht vorausgesehen wurde, haben wir es im wesentlichen nur

1) Vgl. Esser, Grundsatz und Norm, S. 323 ff.

2) Vgl. Del Vecchio, Rechtsphilosophie, S. 345 über den "unwandelbaren Bestandteil des Rechts als Grundlage des Rechtsbegriff." Del Vecchio weist insb. auf die Unmöglichkeit hin, auf der veränderlichen Wirklichkeit aufzubauen, um den Rechtsbegriff festzulegen; vgl. auch Larenz, NJW 1958, S. 862.

3) Ballerstedt, AcP 157, S. 117 (122).

4) Vgl. Wieacker, JZ 1959, S. 382 (383).

5) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse. S. 9

bei den Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge¹⁾ zu tun. Zu ihnen gehören der öffentliche Verkehr und die Versorgung der Bevölkerung mit Gas, Wasser und Elektrizität, sowie alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen. Sie sind eine Erscheinung unserer modernen Zivilisation, die der Verwaltung eine immer größere Rolle für die Versorgung der Bevölkerung zuschob. An die Stelle individualistischer Gestaltung sind hier massenförmige Rechtsbeziehungen getreten, deren Erfassung mit dem Vertragsbegriff des BGB Schwierigkeiten bereitet. Dennoch ist der Unterschied in der Begründung dieser Leistungsbeziehungen nicht so groß, daß sie nicht mit den Mitteln einer dogmatisch fortentwickelten Rechtsgeschäftslehre erfaßt werden könnten. Lehmann²⁾ führt den Nachweis, daß auch bei den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge ein Spielraum für die Willensbetätigung des einzelnen gegeben ist. Es werde niemand gezwungen, die Straßenbahn oder einen bestimmten Parkplatz zu benutzen. Die näheren Vertragsbedingungen könnten zwar nicht ausgehandelt werden, aber es bleibe dem einzelnen die rechtlich freie Wahl, ob er sich den von dem anderen Teil aufgestellten Bedingungen unterwerfen oder auf den Vertragsschluß verzichten wolle. Es bestehe also Abschlußfreiheit³⁾, wenn auch keine Gestaltungsfreiheit.⁴⁾

Die Erfassung der Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge gelingt Lehmann dadurch, daß er die bloße Willensbetätigung als Annahmeerklärung unter Berufung auf § 151 BGB genügen läßt. Gegenüber dem öffentlichen Angebot auf Beförderung mit der Straßenbahn oder der Benutzung eines Parkplatzes erblickt er die aus schlüssigem

1) Vgl. zum Begriff, Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 340 ff.

2) Lehmann, NJW 1958, S. 1 (4).

3) Siebert (Faktische Vertragsverhältnisse, S. 16 Anm. 37) meint, auch die Abschlußfreiheit könne für den Leistungsempfänger ausgeschlossen sein, so bei Gemeindeordnungen mit Anschluß- und Benutzungszwang, die die Benutzung der öffentlichen Einrichtung zwingend vorschreiben. In derartigen Fällen handelt es sich aber nicht mehr um privatrechtliche, sondern um öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen.

4) Ebenso Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 97.

Verhalten gewonne Annahmeerklärung einfach in dem Einsteigen in die Straßenbahn bzw. der in Anspruchnahme des Parkplatzes¹⁾.

Lehmann gerät aber bei den Fällen in Schwierigkeiten, bei denen eine Leistung der Daseinsvorsorge ohne ein auf Begründung des Leistungsverhältnisses gerichtetes Erklärungs- bewußtsein und ohne entsprechenden Geschäftswillen in Anspruch genommen wird. So z.B. in dem von Haupt²⁾ genannten Fall des Sportfliegers, der, ohne es zu wissen, auf einem Verkehrsflughafn landet und nun die Landegebühen bezahlen soll. Ebenso liegt der Fall, wenn jemand einen gebührenpflichtigen Parkplatz benutzt, ohne die Gebührenpflicht zu kennen. Sieht man ein derartiges Verhalten als schlüssig an, so müßte man dem Sportflieger oder dem Parkplatzbenutzer die Möglichkeit der Anfechtung nach § 119 BGB einräumen, da er eine Erklärung dieses Inhalts nicht habe abgeben wollen³⁾. Ein solches Ergebnis erscheint für die Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge nicht angemessen. Die soziale Typizität der Vorgänge im Bereich der Daseinsvorsorge, das praktische Bedürfnis nach reibungsloser Abwicklung des Einzelfalles, ihr massenförmiger Charakter geben

1) Lehmann, NJW 1958, S. 1 (4); ebenso auch Flume, Das Rechtsgeschäft, S. 98. Flume setzt sich insbesondere auch mit der sogen. Parkplatzentscheidung des BGH (BGHZ 21, 319 ff) auseinander, in der sich der BGH zu der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen bekannt hat. Der Parkplatzbenutzer hatte sich bei dem Parken seines Kraftwagens auf einem Parkplatz geweigert, die Parkgebühr zu bezahlen. Die "Verwahrung" verhindert nach Ansicht Flumes den Vertragsabschluß durch Inanspruchnahme der als entgeltlich bereitgestellten Leistung nicht, da das mit der Inanspruchnahme vollzogene Rechtsgeschäft nicht durch eine entgegenstehende Erklärung aufgehoben werden könne. Die Verwahrung könne nur aufklären, sie könne sich aber nicht zu dem Handeln selbst in Widerspruch setzen, sonst sei sie unbeachtlich. Ähnlich wie Lehmann geht auch Nipperdey (MDR 1957, S. 129) vor. Derjenige, der in die Straßenbahn einsteige, sei sich durchaus bewußt, eine rechtlich erhebliche Erklärung abzugeben, wolle sie auch abgeben, und gebe sie auch ab.

2) Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, S.7.

3) Larenz, Lehrbuch, 11. Aufl., S. 34.

wie Siebert¹⁾ betont, Veranlassung, dem Vertrauen der beteiligten Verkehrskreise, insbesondere des Erklärungsempfängers stärkere Bedeutung zuzumessen als dem Interesse des Handelnden, der sich der Bedeutung seines Tuns nicht bewußt war.²⁾

Siebert läßt deshalb bei der Inanspruchnahme einer Leistung den Rückschluß auf den subjektiven Willen fallen und stellt nur auf den aufgrund der Verkehrsanschauung gewonnenen objektiven Erklärungswert ab. Er hat damit einen ähnlichen Ausgangspunkt wie Larenz³⁾ bei seiner Lehre vom sozialtypischen Verhalten, mit der dieser in Fortentwicklung der Ansicht von Haupt eine rechtsdogmatische Legitimation für die rechtliche Anerkennung dieser Leistungsverhältnisse versucht. Maßgebend für Larenz ist die rechtliche Wertung, die diese Vorgänge der Inanspruchnahme von Versorgungsleistungen als sozialtypisches Verhalten erfahren. Die schuldbegründende Wirkung beruht bei ihm daraus, daß das Verhalten des Benutzers von Versorgungseinrichtungen von der Verkehrsanschauung als die Verpflichtung begründend gewertet wird⁴⁾. Larenz kommt also um die Anerkennung objektiver Tatbestände und damit um den grundsätzlichen Bruch mit der Privatrechtsdogmatik nicht herum. Bei Siebert dagegen führt die Wertung der Verkehrsanschauung nicht unmittelbar zur Begründung des Leistungsverhältnisses, sondern die Inanspruchnahme der Leistung der Daseinsvorsorge wird als schlüssiges Verhalten im Sinne

1) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S.26.

2) Ebenso auch Esser, AcP 157, S. 86 (96). Herausgearbeitet wurde dieses Ergebnis vor allem von den Vertretern der Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen, Haupt, a.a.O., S. 7 ff.; Tasche, JherJb. 90, S. 101; Larenz, NJW 1956, S. 1897 ff.; Wieacker, ZAkDR 1943, S.33. Lehmann möchte für diese Fälle immer noch versuchen, auf Bereicherungsrecht auszuweichen, das aber keine hinreichende Lösung bietet.

3) Larenz, Schuldrecht, Allg.Teil, 1.Aufl. 1953, S. 27 ff., 8.Aufl. 1964, S. 34 ff.; NJW 1956, S. 1897 ff.

4) NJW 1956, S. 1897 (1899). Auch der Bundesgerichtshof hat die Lehre vom sozialtypischen Verhalten übernommen (BGHZ 21, S. 319 = JZ 1957, S. 58 ff. mit Anmerkung von Wieacker = MDR 1957, S. 149 ff. mit Anm. von Bettermann und Blomeyer).

einer sozialtypischen Willenserklärung betrachtet, die zum Vertragsschluß führt.¹⁾ Eine Berufung auf fehlendes Erklärungsbewußtsein oder eine Anfechtung wegen fehlenden Geschäftswillens sieht Siebert aufgrund des Prinzips der rechtsgeschäftlichen Vertrauenshaftung im Bereich der Leistungsbeziehungen der Daseinsvorsorge als ausgeschlossen an.²⁾

Esser³⁾ geht einen etwas anderen Weg. Er fordert den Verzicht auf die Fiktion, die das Verhalten im Massenverkehr einer Willenserklärung im strengen Sinn gleichstelle. Er will es lediglich als Willensbetätigung mit rechtsgeschäftlichem Charakter aufgefaßt wissen und dann im Wege der Analogie zu einer Gleichbehandlung mit der Willenserklärung kommen,⁴⁾ allerdings nur in einigen, nicht in allen Beziehungen, insbesondere will er die Geltendmachung von Willensmängeln in gewissen intensiven Bereichen der Daseinsvorsorge ausschließen.

Im Ergebnis decken sich die Auffassungen von Siebert und Esser. Es erscheint aber besser, der Tatsache, daß bei der Inanspruchnahme der Leistungen der Daseinsvorsorge der Spielraum für die individuelle Gestaltung auf ein Minimum reduziert wird, Rechnung zu tragen und die aus dem Verhalten der Beteiligten gewonnene rechtsgeschäftliche Äußerung nicht mehr dem Begriff der Willenserklärung im

- 1) Ebenso auch Wieacker, JZ 1957, S. 58 ff. (61), vgl. auch ZAKDR 1943, S. 33 ff., JZ 1956, S. 294 ff.. Wieacker möchte aber subsidiär, dort "wo jedes Erklärungsbewußtsein oder gar die Handlungsfähigkeit fehlt" die Lehre von Haupt - Larenz zulassen.
- 2) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 30 ff.. Er betont vor allem, die Vorschrift des § 119 BGB habe im Bereich des Massenverkehrs ihren interessenmäßigen Ansatzpunkt, den individuellen Willen des einzelnen Verkehrsteilnehmers, verloren, und deshalb sei eine Anfechtung grundsätzlich ausgeschlossen (a.a.O. S. 32).
- 3) Esser, AcP 157, S. 86 (96).
- 4) Esser vermeidet durch die lediglich analoge Anwendung der Vertragsregeln eine zu weite Ausdehnung des Vertragsbegriffs wie sie Bärmann (Typisierte Zivilrechtsordnung, insbesondere S. 93 ff.) und Bettl (Über sog. faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für H. Lehmann, S. 253 ff., S. 265 f.) vornehmen.

überkommenen Sinn zu unterstellen¹⁾, sondern dafür den Begriff der Willensbetätigung mit rechtsgeschäftlichem Charakter zu wählen und diesen weitgehend analog den Regeln der Willenserklärung zu behandeln, Abweichungen aber aus der Teilnahme an den typisierten Leistungen der Daseinsvorsorge zu rechtfertigen.

Beiden Lösungen ist gemeinsam, daß sie im Gegensatz zu der eigentlichen Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen auf das rechtsgeschäftliche Zustandekommen der Leistungsverhältnisse nicht verzichten und so den Rahmen des Systems des BGB nicht sprengen. Dies ist zugleich die wesentliche Erkenntnis aus unserer Erörterung der Leistungsverhältnisse der Daseinsvorsorge, daß sich das notwendige Maß der Angleichung der Rechtsgeschäftslehre des BGB unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Analogie und Restriktion erreichen läßt und daß es nicht notwendig ist, dieses System aufzugeben.

b) Die Schuldverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis

Aus ganz anderen Ursachen erwächst die Problematik der Schuldverhältnisse kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis, zu der die faktische Gesellschaft und das faktische Arbeitsverhältnis zählen. Ging es bei den Leistungsverhältnissen der Daseinsvorsorge um die Erfassung der Abschlußtatbestände des modernen Massenverkehrs, so haben wir es nun hier mit der Tatsache zu tun, daß die Par-

1) Vgl. auch Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, Festschrift DJT 1960, Bd.1, S. 101 (125 f), der von einer gefährlichen Überdehnung des Begriffs der Willenserklärung spricht.

teilen einen regelrechten Gesellschafts- oder Arbeitsvertrag abschließen wollten, daß dieser Vertrag aber Mängel aufweist, die ihn nach allgemeinen Vorschriften nichtig oder anfechtbar machen¹⁾. Die Problematik dieser Fälle entsteht dann, wenn mit der Erfüllung des nichtigen Vertrages begonnen wurde, oder wenn der anfechtbare Vertrag nach Beginn der Erfüllung angefochten wird.

aa) Die faktische Gesellschaft

Bei der Gesellschaft wird mit Beginn der Erfüllung in der Regel aus den Beiträgen der Gesellschafter ein gemeinsames Gesellschaftsvermögen gebildet, es wird ein Unternehmen betrieben, die Gesellschafter nehmen unter der gemeinsamen Firma am Rechtsverkehr teil, gehen Verbindlichkeiten ein, es wird mit dem gemeinsamen Vermögen gewirtschaftet. Wird nun die Gesellschaft rückwirkend vernichtet, so erweist es sich als praktisch unmöglich, die aufgetretenen Vermögensverschiebungen und die persönlichen Leistungen mit Hilfe von Eigentums-, Bereicherungs- und Ersatzansprüchen rückgängig zu machen. Die Schwierigkeit, die sich

1) Russ vertritt im Anschluß an das Urteil des OLG Freiburg vom 17. 11. 1946, abgedruckt in BB 1958, S. 415 mit Anm. von Russ, unter Berufung auf Haupt die Ansicht, daß zur Entstehung einer faktischen Gesellschaft nicht einmal ein rechtlich mangelhafter Gesellschaftsvertrag erforderlich sei. Dieser Auffassung kann aber nicht gefolgt werden. Der Bundesgerichtshof (BGHZ 11, S. 190; vgl. auch BGHZ 3, S. 285; 8, S. 157) hat ausdrücklich festgestellt, daß auch eine faktische Gesellschaft wie jede Gesellschaft einen Gesellschaftsvertrag voraussetzt. Ebenso auch Fischer, NJW 1955, S. 849; Nikisch, über faktische Vertragsverhältnisse, S. 97; Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 52; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 45.

bei der faktischen Gesellschaft¹⁾ auftritt, ist ein Problem der Abwicklung.²⁾ Sie erwächst aus dem Zusammenstoß der Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften des BGB mit dem tatsächlichen Vollzug des Dauerschuldverhältnisses³⁾. Die Vorschriften des BGB berücksichtigen die Verwirklichung des Schuldverhältnisses in der Zeit zu wenig⁴⁾. Die Betrachtungsweise des BGB ist auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses ausgerichtet, demgegenüber die in Vollzugsetzung eine weitere Stufe darstellt.⁵⁾

- 1) Die Problematik der faktischen Gesellschaft beschränkt sich heute im wesentlichen auf das Innenverhältnis von Personalgesellschaften. Für Kapitalgesellschaften ist teils gesetzlich, teils gewohnheitsrechtlich festgelegt, daß Gründer oder Beitretende sich ihren übernommenen Verpflichtungen nicht durch Berufung auf Willensmängel entziehen können und daß der Nichtigkeit der Körperschaft keine Rückwirkung zukommt (vgl. §§ 216 ff. AktG; zur Unbeachtlichkeit von Willensmängeln RGZ 127, S. 19; zur Nichtigkeit ex nunc RGZ 123, S. 103; 124, S. 287; RG in JW 1935, S. 36 13). Für das Außenverhältnis von Personalgesellschaften sind Rechtsprechung und Lehre zu dem gleichen Ergebnis gekommen, im wesentlichen unter Berufung auf den gegenüber den Gläubigern hervorgerufenen Rechtsschein einer vollgültigen bestehenden Gesellschaft (RG in JW 1933, S. 1996; ferner RGZ 145, 155). Zum tragenden Gesichtspunkt dieser Rechtsprechung wurde die "Erklärung an die Öffentlichkeit", die im Auftreten der Beteiligten als Gesellschafter liegt (vgl. RGZ 147, S. 257, wo das Reichsgericht ausdrücklich zu seiner Theorie der Erklärung an die Öffentlichkeit und der daran geäußerten Kritik Stellung nahm).
- 2) Vgl. Larenz, NJW 1958, S. 862 (863).
- 3) Vgl. Beitzke, Nichtigkeit, S. 6.
- 4) Das Zeitelement wird besonders auch von Esser (Schuldrecht, S. 62) betont.
- 5) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 9.

Keinen Einfluß haben soziale Veränderungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Es ist kein Wandel in der sozialen Funktion des Rechtsinstituts Vertragsverhältnis eingetreten, wie dies Simitis annimmt, die Schwierigkeiten, die sich aus dem Vorliegen von Gründungsmängel ergeben, waren von Anfang an da. Der von Simitis¹⁾ beschriebene Interessenkonflikt, einmal zwischen den einzelnen Beteiligten der Gesellschaft untereinander und weiter zwischen den Gesellschaftern und den Interessen ihrer Gläubiger, ist nicht Ursache der faktischen Vertragsverhältnisse, sondern Folge der unzureichenden Regelung, die das Dauerschuldverhältnis im BGB gefunden hat.

Den Ausgangspunkt für eine Lösung sieht die Lehre von den Nichtigkeitsbeschränkungen²⁾ deshalb in den Vorschriften des BGB über Nichtigkeit und Anfechtung, und sie versucht, diese mit den Besonderheiten des bereits vollzogenen Gesellschaftsverhältnisses in Einklang zu bringen. Der Weg hierzu wird in einer sorgfältigen Untersuchung der Interessenlage und der Zwecke der gesetzlichen Vorschriften gesehen. Ob eine Einschränkung der gesetzlichen Bestimmungen geboten ist oder nicht, und wie eine solche Einschränkung zu gestalten ist, wird im Einzelfall durch Abwägen der Folgen des mangelhaften Gesellschaftsvertrages einerseits und derjenigen des tatsächlichen Vollzugs andererseits entschieden.³⁾

Die Lehre von den Nichtigkeitsbeschränkungen sagt aber nichts darüber aus, nach welchen im Gesetz zum Ausdruck kommenden Werturteilen sie ihre Interessenabwägung ausrichtet⁴⁾. Sie kann lediglich auf die praktischen Schwierig-

1) Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, S. 112 ff.

2) Vor allem Hueck, Das Recht der OHG, S. 50 ff.; Gesellschaftsrecht, S. 60 ff., AcP 149, S. 1 ff.; Reitzke, Nichtigkeit, S. 61; Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, Esser, AcP 157, S. 86 (S. 91 ff.); Lobedanz, Der Einfluß von Willensmängeln auf Gründungs- und Beitrittseschäfte; Ruland, Das Innenverhältnis der nichtigen OHG.

3) Hueck, Recht der OHG, S. 53.

4) Die Orientierung jeder Interessenabwägung an den Werturteilen des Gesetzgebers verlangt vor allem Heck (AcP 112, S. 1 ff., insbesondere S. 159 und S. 225 ff.).

keiten einer Rückabwicklung und die allgemeine Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion des Rechts verweisen¹⁾, aber es fehlt der konkrete Nachweis dafür, daß die Rechtsordnung in diesem Interessenkonflikt die Interessen, die auf die Aufrechterhaltung der Gesellschaft hinzielen, höher bewertet als die Interessen des die Nichtigkeit oder Anfechtung geltendmachenden Gesellschafters²⁾.

Siebert³⁾ entnimmt diese Rechtfertigung dem besonderen Bestandsschutz, den die Gesellschaft als Dauerschuldverhältnis genießt. Ausgehend von dem personenrechtlichen Charakter des Dauerschuldverhältnisses weist er an Hand der gesetzlichen Regelung der Leistungsstörungen nach, daß bei Dauerschuldverhältnissen, insbesondere bei der Gesellschaft, gegenüber einfachen Schuldverhältnissen ein erhöhter Bestandsschutz bei Mängeln der Durchführung bestehe, so daß von einem Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes gesprochen werden könne⁴⁾. Am deutlichsten komme dies in dem Rechtssatz zum Ausdruck, daß bei Dauerschuldverhältnissen, insbesondere bei der Gesellschaft, an die Stelle des gesetzlichen Rücktritts die Kündigung trete. Die Berechtigung, diesen gesteigerten Bestandsschutz auch gegenüber den Nichtigkeits- und Anfechtungsbestimmungen zur Geltung zu bringen, leitet Siebert aus der rechtsähnlichen Situation her, die zwischen der Gesellschaft, die an Mängeln ihrer Begründung und der Gesellschaft, die an Mängeln ihrer Abwicklung leide, bestehe. Diese Ähnlichkeit rechtfertige es in rechtssystematischer Hinsicht, die Grundsätze der Rechtsordnung über die Ersetzung des Rücktritts bei Dauerschuldverhältnissen durch die Kündigung aus wichtigem Grund auf Mängel, die in der Begründung der Gesellschaft liegen, analog anzuwenden, mit dem Ergebnis, daß Mängel bei der Begründung der Gesellschaft nur zur Auf-

1) So vor allem Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage, S. 60 ff.

2) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 48.

3) Siebert, a.a.O., S. 49 ff.

4) Siebert, a.a.O., S. 53.

hebung für die Zukunft führen.¹⁾ Rückwirkende Unwirksamkeit trete nur in Ausnahmefällen ein, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen einer Abwicklung nach Gesellschaftsrecht entgegenstünden, insbesondere also bei Verstößen gegen gesetzliche Gebote oder die guten Sitten.²⁾

bb) Das faktische Arbeitsverhältnis

Die Problematik des faktischen Arbeitsverhältnisses entspricht in ihren Grundzügen der Problematik der faktischen Gesellschaft. Auch hier handelt es sich um ein Dauerschuldverhältnis, dessen vertragliche Rechtsgrundlage nichtig oder anfechtbar ist, das aber inhaltlich eine gewisse Zeit verwirklicht worden ist und zwar durch Zusammenarbeit zwischen dem Arbeitnehmer, der fremdbestimmte Arbeit leistet, und dem Unternehmer, in dessen Arbeitsaufgabe und Arbeitsleistung der Arbeitnehmer sich einordnet.³⁾

Siebert⁴⁾ geht deshalb auch hier unter den gleichen Gesichtspunkten vor wie bei der faktischen Gesellschaft. Zu dem stärkeren Bestandsschutz, der sich aufgrund der Eigenschaft des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis ergebe, komme noch der Rechtsgedanke eines besonderen sozialen Schutzes des Arbeitnehmers hinzu. Unter diesen drei Gesichtspunkten sei es auch für das Arbeitsverhältnis rechtssystematisch gerechtfertigt, die Rückwirkung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründe des BGB zu beschränken.

Siebert ist es auf diese Weise möglich, die Trennung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, die Nikisch⁵⁾ in seiner Eingliederungstheorie vornimmt, zu vermeiden und die

1) Siebert, a.a.O., S. 55 f.

2) Siebert, a.a.O., S. 56.

3) Vgl. Siebert, a.a.O., S. 81.

4) Siebert, a.a.O., S. 84.

5) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd.1, S. 172 ff., über faktische Vertragsverhältnisse, S. 92 ff.

Einheit des sich aus dem Vertrag und der Aufnahme der Tätigkeit entwickelnden Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu wahren. Damit wird der Bedeutung des Rechtsgeschäfts im System des BGB auch hier Rechnung getragen.

VI. Die Aufrechterhaltung des Verwertungsvertrages bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts

1. Versuch einer Lösung im Rahmen der Dogmatik des BGB

Überblickt man die gewonnenen Ergebnisse, so zeigt sich, daß es unter Ausschöpfung der dogmatischen Möglichkeiten gelungen ist, der Problematik der faktischen Vertragsverhältnisse auf ihrem eigentlichen Gebiet mit der Rechtsgeschäftslehre gerecht zu werden, und daß es keineswegs notwendig ist, neue, objektive Tatbestände in das Schuldrecht einzuführen. Das Rechtsinstitut Vertragsverhältnis, wie es im Gesetz verankert ist, hat nicht ausgedient. Es erweist sich vielmehr als elastisch genug, auch für die Fälle eine Lösung zu finden, die der Gesetzgeber nicht genügend berücksichtigt hat. Voraussetzung hierfür ist die genaue Kenntnis der Ursachen der auftretenden Schwierigkeiten. Diese liegen nicht in einer vermeintlichen Zwangsläufigkeit der sozialen Entwicklung, sondern in verschiedenen Mängeln und Schwächen der gesetzlichen Regelung. Sie gilt es in differenzierender Betrachtungsweise zu erforschen und bei ihnen mit der Lösung anzusetzen. Um dabei die Gesetzestreue zu wahren, ist es notwendig, an die im Gesetz und der herrschenden Doktrin zum Ausdruck kommenden Werturteile anzuknüpfen.¹⁾ Auf dieser Grundlage soll im folgenden versucht werden, auch für das Problem des Verwertungsvertrages bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts zu einer Lösung im Rahmen der Dogmatik des BGB zu kommen.

2. Die Eigenart des Dauerschuldverhältnisses als Ansatzpunkt

Sind die bisher aufgezeigten Begründungsversuche für die ex nunc-Auflösung des Verwertungsvertrages bei nachträg-

1) Lehmann, NJW 1958, S. 1.

licher Vernichtung des Schutzrechts auch unbefriedigend, so erscheint doch das Ergebnis als gerecht. Trotz der rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung wurde bis zur Nichtigkeitserklärung oder Versagung des Schutzrechts dem Erwerber oder Lizenznehmer die wirtschaftliche Nutzung der Erfindung ermöglicht. Oft hat er sich erst die Unterlagen für eine erfolgreiche Nutzung vom Veräußerer oder Lizenzgeber verschafft, und er hat sich auch durch den Verwertungsvertrag diesem gegenüber die Sicherheit erkaufte, ohne Verfolgung mit Schutzrechtsverletzungsansprüchen arbeiten zu können. Selbst wenn er nicht die Möglichkeit hatte, Verletzer des Schutzrechts erfolgreich zu verfolgen, so sind ihm doch nach außen hin die Vorteile des Scheinrechts zugute gekommen.¹⁾

Die gesetzliche Konstruktion der anfänglichen Nichtigkeit des Vertrages und der Abwicklung nach Bereicherungsrecht bringt kein dieser Sachlage angemessenes Ergebnis. Ein Bereicherungsanspruch steht dem Veräußerer oder Lizenzgeber nicht zu, denn der Erwerber oder Lizenznehmer hat rechtlich nichts auf seine Kosten erlangt, da ja, wie die Vernichtung des Schutzrechts zeigt, die Erfindung frei war und von jedermann hätte benutzt werden können.

Die Ursache der Probleme des Verwertungsvertrages bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts liegt darin, daß die Leistung zwar rechtlich unmöglich ist, dennoch aber tatsächliche Leistungsbeziehungen zwischen den Parteien entstanden sind. Es kommt dadurch zu einem Zusammenstoß der Nichtigkeitsbestimmung des § 306 BGB mit dem tatsächlichen Vollzug des Verwertungsvertrages als Dauerschuldverhältnis. Während § 306 auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezogen ist, hat sich das Dauerschuldverhältnis bereits verwirklicht und ist gegenüber dem Vertrags-

1) Beitzke, Nichtigkeit, S. 60.

schluß in ein weiteres Entwicklungsstadium getreten. Als Ansatzpunkt für eine rechtssystematische Lösung scheint deshalb auch hier der Charakter des Verwertungsvertrages als Dauerschuldverhältnis bedeutsam.

3. Die dogmatische Sonderbehandlung des Dauerschuldverhältnisses

Dem BGB ist die Kategorie des Dauerschuldverhältnisses als solche fremd.¹⁾ Der allgemeine Teil des Schuldrechts ist auf vorübergehende Leistungen abgestellt, und die Dauerschuldverhältnisse haben nur unter den einzelnen Schuldverhältnissen ihre jeweils besondere Regelung erfahren, z.B. Miete, Pacht, Darlehen und Gesellschaft, ohne daß allgemeine Bestimmungen für sie aufgestellt wurden.²⁾

Im Schrifttum sind jedoch schon früh die Besonderheiten in der Auflösung von Dauerschuldverhältnissen behandelt worden. So hat schon Kohler³⁾ bei ihnen die Anfechtung ausschließen wollen. Grundlegend wurde dann O.v.Gierke⁴⁾ mit seiner Abhandlung, der unter dem Begriff des Dauerschuldverhältnisses alle die Schuldverhältnisse zusammenfaßte, bei denen Schuldinhalt eine Leistungspflicht ist, die sich auf einen Zeitraum erstreckt.⁵⁾ Aus dieser Zeitdimension heraus erklärte er die Kündigung zum grundsätzlichen Auflösungsmittel.⁶⁾ Dabei ist zwischen ordentlicher und fristloser (außerordentlicher) Kündigung zu unterscheiden. Durch die ordentliche Kündigung, die Gierke als Fristsetzung für die Zukunft definiert⁷⁾, erlischt das Schuldverhältnis vom zulässigen Kündigungstermin oder vertraglich vereinbarten automatischen Endigungspunkt ab. Daneben tritt die

1) Beitzke, Nichtigkeit, S.4.

2) O.v.Gierke, JherJb. 64, S. 355 (356 f.).

3) Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.2, Teil 1, S. 261.

4) O.v.Gierke, Über dauernde Schuldverhältnisse, JherJb.64, S. 355 ff.

5) O.v.Gierke, a.a.O., S. 358 f.

6) O.v.Gierke, a.a.O., S. 378 ff.

7) O.v.Gierke, a.a.O., S. 380.

fristlose (außerordentliche) Kündigung, die der Lösung der Parteikonflikte dient.¹⁾ Auch sie beendet das Schuldverhältnis ohne dessen bisherige Wirksamkeit in Frage zu stellen und zwar sofort. Bei manchen Schuldverhältnissen hat das Gesetz feste Tatbestände für die fristlose Kündigung geschaffen, so bei Miete (§§ 542, 544, 553, 554 BGB), bei der Leihe (§ 605 BGB), während bei anderen die Kündigung an einen wichtigen Grund geknüpft ist, so im Dienstvertrags- und Gesellschaftsrecht (§§ 626, 723 BGB).

In den anschließenden Untersuchungen hebt Gschnitzer²⁾ vor allem die besondere Widerstandsfähigkeit der Dauerschuldverhältnisse gegenüber Mängeln hervor, was sich vor allem bei der Gesellschaft in der Ersetzung des § 326 BGB durch die Kündigungsbestimmungen des § 723 BGB zeige. Er bleibt aber dabei nicht stehen, sondern stellt für alle Dauerschuldverhältnisse den Grundsatz auf, daß die Kündigung den Rücktritt ersetze.³⁾ Die Begründung leitet er vor allem aus dem Zeitmoment her. Die Dauerschuldverhältnisse erstreckten sich auf längere Zeit und alle Zeit heile.⁴⁾ Hinzu kommt für ihn die praktische Erwägung, daß es zu den schädlichsten Wirrnissen führen müßte, wenn jeder Mangel die gegenseitigen Leistungen und die ganze oft verwickelte Organisation ohne Rechtsgrund werden ließe.⁵⁾ Auch Molitor⁶⁾ hat sich in grundsätzlicher Weise mit dem Rechtsinstitut der Kündigung, vor allem unter arbeits- und dienstvertraglichen Gesichtspunkten befaßt, und ihr zwingendes Vorkommen bei allen Dauerschuldverhältnissen nachgewiesen⁷⁾. In der Folgezeit kam die Sonderbehandlung der Dauerschuldverhältnisse vor allem auf dem Gebiet des

1) O.v.Gierke, a.a.O., S. 383.

2) Gschnitzer, Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht, JherJb. 76, S. 317 ff.

3) Gschnitzer, a.a.O., S. 386.

4) Gschnitzer, a.a.O., S. 396.

5) Gschnitzer, a.a.O., S. 396.

6) Molitor, Die Kündigung, 1935.

7) Molitor, a.a.O., S. 38 ff.

Gesellschaftsrechts zum Ausdruck, wo die Rechtsprechung¹⁾ Anfechtung und Rücktritt immer mehr durch Kündigung aus wichtigem Grund und Auflösungsklage ersetzt und an die Stelle anfänglicher Nichtigkeit eine spätere Liquidation treten ließ. Ebenso trat auch beim Sukzessivlieferungsvertrag an die Stelle des Rücktritts die Kündigung.²⁾ Siebert³⁾ spricht schließlich von einem Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes bei Dauerschuldverhältnissen, und Wieacker⁴⁾ geht so weit, die Kündigung zum alleinigen Auflösungsmittel der Dauerschuldverhältnisse unter Ausschluß von Rücktritt, Anfechtung und Nichtigkeit zu erklären.

4. Keine Abhängigkeit des erhöhten Bestandsschutzes von einem personenrechtlichen Einschlag.

Eine eingehende Untersuchung des Dauerschuldverhältnisses nimmt Beitzke⁵⁾ vor. Er sieht den Grund für die dogmatische Sonderbehandlung der Dauerschuldverhältnisse in einem der Rechtsordnung eigenen ökonomischen Prinzip, Abgewickelter bestehen zu lassen.⁶⁾

Am deutlichsten zum Ausdruck komme dieses Prinzip in der Bestimmung des § 346 S. 2 BGB über die Wirkung des Rücktritts bei einzelnen Dauerschuldverhältnissen.⁷⁾ Nach § 346 S. 1 BGB führe die Ausübung des Rücktrittsrechts zu einer schuldrechtlich rückwirkenden Vernichtung

1) Vgl. RGZ 78, S. 305; 81, S. 303; 89, S. 333; 142, S. 48; 165, S. 193; 166, S. 58; RG in JW 1933, S. 1196; DR 1941, S. 633; 1943, 1221.

2) RGZ 61, S. 128; 65, S. 37; 67, S. 319; 97, S. 133; 104, S. 39.

3) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 53.

4) Wieacker, AöR 29 NF, S. 1 (29 ff.)

5) Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, in Recht und Zeit, Heft 9.

6) Beitzke, a.a.O., S. 16.

7) Beitzke, a.a.O., S. 16.

des Vertrages und zur Rückgewähr der schon erbrachten Leistungen. Schon bei Schaffung des BGB sei aber erkannt worden, daß diese Rückgewähr sich nicht immer durchführen lasse, und der Gesetzgeber habe deshalb eine wichtige und charakteristische Ausnahme machen müssen: Für geleistete Dienste sowie für Überlassung und Benutzung einer Sache trete an die Stelle der Rückgewähr ein Wertersatz, der sich jedoch nur hilfsweise nach dem objektiven Wert der Leistung, grundsätzlich aber nach der vereinbarten Gegenleistung richte, gleichgültig, ob die Vereinbarung ausdrücklich getroffen sei, oder die Vergütung sich aus Taxen, Tarifen oder bloßen Gewohnheiten ergebe. Der Rücktritt werde bei diesen Dauerschuldverhältnissen in seiner Wirkung der Kündigung angeglichen, er führe zur Aufhebung des Vertrages ex nunc und lasse den Inhalt des Rechtsverhältnisses bis zur Auflösung bestehen.¹⁾

Daneben komme der Schutz des Geschaffenen und Bestehenden noch in zahlreichen anderen Bestimmungen zum Ausdruck²⁾, so z.B. in der Heilung wegen Formmangels nichtiger Verträge durch Erfüllung, in der Fiktion einer stillschweigend vereinbarten Vergütung zum Schutz eines Geschäfts vor Nichtigkeit wegen Dissenses bei §§ 612, 632, 689 BGB oder in der Vorschrift des § 571 BGB, bei der die Position des Mieters durch die Erlangung des Besitzes verstärkt werde, und der Vertrag nunmehr auch gegenüber Dritten wirke. Aus dem engeren Bereich des Schuldrechts sei vor allem die Saldotheorie zu nennen, welche Rückgewährpflichten aus ungerechtfertigter Bereicherung derart verknüpfe, daß nur ein Wertunterschied zu erstatten sei, die erbrachten Leistungen aber als solche bestehen blieben.

1) Beitzke, a.a.O., S. 21.

2) Vgl. die ausführliche Kasuistik, a.a.O., S. 16 ff.

Nicht entscheidend für die dogmatische Sonderbehandlung der Dauerschuldverhältnisse sind danach personenrechtliche Elemente, wie dies Siebert¹⁾ und Nikisch²⁾ annehmen. Siebert will dies vor allem der Formulierung Gierkes³⁾ entnehmen, daß die besondere Funktion der Dauerschuldverhältnisse darin bestehe, ständige⁴⁾ Machtverhältnisse ins Leben zu rufen und so die Grenzen des Schuldrechts zu sprengen. Die Brücken, die die Dauerschuldverhältnisse über das Schuldrecht hinaus schlagen, führen aber nicht nur in das Personenrecht, wie das Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis, sondern auch in das Sachenrecht, wie Miete und Pacht zeigen. Als charakteristisch für die Dauerschuldverhältnisse sieht Gierke vor allem den Umstand an, daß sie auf längere Zeit angelegt sind.⁵⁾ Dies wird zwar häufig zu verstärkten persönlichen Bindungen der Vertragspartner führen, entscheidend für den erhöhten Bestandsschutz der Dauerschuldverhältnisse ist jedoch die wertschaffende Verwirklichung in der Zeit, die vom Gesetzgeber als besonders schutzwürdig empfunden wird.⁶⁾ Dem entspricht es auch, daß der erhöhte Bestandsschutz des Dauerschuldverhältnisses erst dann eintritt, wenn es bereits vollzogen ist.⁷⁾ So weist das Reichsgericht⁸⁾ für die Gesellschaft ausdrücklich darauf hin, daß die außerordentliche Kündigung erst dann an die Stelle des Rücktritts tritt, wenn die Gesellschafter ihre Tätigkeit begonnen haben.

1) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 56.

2) Nikisch, Über faktische Vertragsverhältnisse, S. 96.

3) O.v.Gierke, JherJb. 64, S. 355 (406).

4) Gierke spricht auch nicht von selbständigen Machtverhältnissen, wie dies Siebert (a.a.O., S. 56) zitiert, sondern lediglich von ständigen. Die Betonung liegt also weniger auf der Loslösung vom Schuldrecht, als auf dem Moment der Dauer.

5) O.v.Gierke, a.a.O., S. 357 ff.

6) Auch Esser (Schuldrecht, S. 62) hält personenrechtliche Elemente nicht für unbedingt typisch.

7) Larenz, Schuldrecht, Allg. Teil, S. 300; Beitzke, Nichtigkeit, S. 23; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 53.

8) RG in JW 1933, S. 1996; RGZ 165, S. 193 (201).

5. Keine absolute Vorrangigkeit des Bestandsschutzes

Wieacker¹⁾ geht mit seinen Folgerungen aus dem erhöhten Bestandsschutz der Dauerschuldverhältnisse zu weit, wenn er Rücktritt, Anfechtung und Nichtigkeit bei ihnen grundsätzlich ausschließen und durch ein Kündigungsrecht ersetzen will. In solcher Allgemeinheit kann dies nur für den Rücktritt gelten. Hier hat § 346 S. 2 BGB für einzelne Dauerschuldverhältnisse im Grundsatz festgelegt, daß der Rücktritt die gleichen Wirkungen hat wie ein Kündigungsrecht, und nachdem Rechtsprechung²⁾ und Lehre³⁾ diesen Grundsatz auch auf andere Dauerschuldverhältnisse ausgedehnt haben, ist es gerechtfertigt, von vornherein ein Kündigungsrecht anzunehmen⁴⁾.

Anders verhält es sich dagegen bei Anfechtung und Nichtigkeit. Die Anfechtung von Verträgen hat ihre Ursache im Vertragsschluß und nicht in der Abwicklung. Hier wäre der Vertrag bei voller Erkenntnis der Situation gar nicht eingegangen worden, und deshalb will die Rechtsordnung den einzelnen auch nicht an der ungewollten Vertragsgestaltung festhalten. Gegenüber diesem Schutz des Individuums muß auch der tatsächliche Vollzug des Dauerschuldverhältnisses grundsätzlich zurücktreten.⁵⁾ Wenn aber schon die lediglich im Interesse der Vertragsparteien gegebene Anfechtung neben der Kündigung ihre Selbständigkeit behauptet, so muß dies umso mehr von der Nichtigkeit gelten. Die Nichtigkeitsgründe dienen teils dem unverzichtbaren Schutz des einzelnen, teils dem Schutz gewichtiger Interessen der Allgemeinheit und haben somit eine noch größere Bedeutung. Ihr Ausschluß ist nur in Ausnahmefällen möglich, wenn besondere Gründe die Beseitigung des einmal durchgeführten Lebenssachverhalts als unangemessen erscheinen lassen⁶⁾.

1) Wieacker, AÖR 29 NF, S. 1 (29 ff.)

2) RG in JW 1911, S. 756; Recht 1914, Nr. 2045.

3) Vgl. Soergel - Siebert, § 346 Anm.5.

4) Beitzke, a.a.O., S. 23; Siebert, a.a.O., S. 53; Esser, Schuldrecht, S. 65; Larenz, a.a.O., S. 300; Soergel - Siebert, Anm.4 vor § 346; RGZ 78, S. 385; 165, S. 212; BGH in Der Betrieb 1957, S. 990.

5) Beitzke, a.a.O., S. 53 f.; Molitor, Die Kündigung, S.18; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S.75.

6) Beitzke, a.a.O., S. 26 f.

Die Ausnahmen gegenüber der allgemeinen Rückwirkung der Nichtigkeitsgründe werden vor allem dadurch möglich, daß nicht alle Nichtigkeitsgründe gleichwertig sind¹⁾. Der Verstoß gegen Formvorschriften²⁾ ist einer der schwächsten, wie schon die Heilung durch Erfüllung bei einzelnen einfachen Schuldverhältnissen zeigt³⁾. Beim Mietvertrag führt der Formverstoß von vornherein nur zu einer vorzeitigen Kündbarkeit.⁴⁾ Anders dagegen bei Verstößen gegen Gesetz und die guten Sitten. Hier kann die Aufrechterhaltung des Dauerschuldverhältnisses von vornherein ausgeschlossen sein. So hat der Bundesgerichtshof⁵⁾ für die Gesellschaft ausgesprochen, daß eine Aufrechterhaltung dort nicht angenommen werden könne, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich vorhandenen Zustands mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten würde. Ein Beispiel für diesen im Einzelfall ausfüllungsbedürftigen Grundsatz bildet der Verstoß gegen ein Verbotsgesetz. Hier kommt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs eine Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustands nicht in Betracht, weil eine solche Anerkennung mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes und damit mit der Rechtsordnung in Widerspruch stehen würde. Dagegen braucht ein Verstoß gegen eine verwaltungsmäßige Ordnungsvorschrift keine derart scharfen Folgen für das zivilrechtliche Verhältnis nach sich zu ziehen. Endlich liegen die Dinge wieder anders bei Geschäftsunfähigkeit oder Geschäftsbeschränkung eines Partners, hier ist der Schutzzweck maßgebend⁶⁾.

Im Einzelfall kommen wir zu einer Interessenabwägung, bei der das Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes auf

1) Vgl. dazu Brandt, DtRWiss, 1941, S. 67 (72 ff.); Wieacker, AöR 29 NF, S. 1 (15); Beitzke, a.a.O., S. 27.

2) § 125 BGB.

3) §§ 313 Abs. 2, 518 Abs. 2, 766 Abs. 2 BGB.

4) § 566 BGB.

5) BGH, Urt. vom 11.4.1951 - II ZR 9/50, zitiert bei Fischer, NJW 1955, S. 849 (850).

6) Vgl. Beitzke, a.a.O., S. 27.

der einen und das Gewicht des Nichtigkeitsgrundes auf der anderen Seite stehen. Den Nichtigkeitsgründen ist dort voller Raum zu geben, wo die Rechtsordnung dem tatsächlichen Zustand gegenüber eine solche Mißbilligung zum Ausdruck bringt, daß seine Aufrechterhaltung völlig unzulässig ist. Dagegen bleibt das bereits realisierte Dauerschuldverhältnis dann bestehen, wenn das Bestandsschutzinteresse überwiegend ist. So hat im Gesellschaftsrecht aufgrund der rechtsähnlichen Situation zwischen der Gesellschaft, die an Mängeln ihrer Begründung und derjenigen, die an Mängeln ihrer Durchführung leidet, der Gedanke des Bestandsschutzes gegenüber den Gründungsmängeln den Sieg davongetragen, dennoch bleiben aber daneben absolute Nichtigkeitsgründe bestehen. Ebenso war auch beim Arbeitsverhältnis der erhöhte Bestandsschutz maßgebend dafür, die Rückwirkung der Anfechtung- und Nichtigkeitsgründe des BGB zu beschränken.

6. Überwiegender Bestandsschutz des Verwertungsvertrages gegenüber § 306 BGB

Auch beim Verwertungsvertrag greift das ihm als Dauerschuldverhältnis eigene Prinzip des gesteigerten Bestandsschutzes ein, wenn der Erwerber oder Lizenznehmer mit der Nutzung der Erfindung begonnen hat. Die sich auf einen gewissen Zeitraum erstreckende Nutzung der Erfindung ist nicht mehr rückgängig zu machen, der Verwertungsvertrag ist in das Stadium der Realisierung getreten. Zwischen den Parteien sind Beziehungen entstanden, denen eine besondere Bestandsfestigkeit zukommt. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Recht an der Erfindung bestanden hat oder nicht, es genügt, daß durch die dem Erwerber oder Lizenznehmer verschaffte bevorzugte Nutzungsmöglichkeit zwischen den Parteien tatsächliche Leistungsbeziehungen entstanden sind.

Für den Verwertungsvertrag bei nachträglicher Vernichtung des Schutzrechts haben wir damit auf der einen Seite den besonderen Bestandsschutz des realisierten Dauerschutzverhältnisses, auf der anderen Seite die Nichtigkeitsbestimmung des § 306 BGB. Für eine Abwägung zwischen beiden ist zunächst die Bedeutung des § 306 BGB zu untersuchen.

Die Vorschrift des § 306 hat ihren Grund in dem römisch-rechtlichen Dogma, *impossibilium nulla obligatio*.¹⁾ Die vom BGB hieraus abgeleitete Nichtigkeit des Vertrages entspricht aber nicht einer logischen Notwendigkeit. Die Befreiung von der Verpflichtung zur unmöglichen Leistung würde voll ausreichen, während der im übrigen gültige Vertrag als Grundlage einer Haftung des Versprechenden dienen könnte.²⁾ Eine derartige Regelung hat das BGB in der Ausnahmebestimmung des § 437 getroffen, nur daß ^{die} dort ausgesprochene unbedingte Vertrauenshaftung wiederum zu weit geht³⁾ und insgesamt eine Haftung nach Verschuldensgrundsätzen genügen würde. Schon Rabel hat in zwei 1907 erschienenen Abhandlungen⁴⁾ nachgewiesen, daß § 306 aus einer historisch falschen Verallgemeinerung der Stipulationslehre hervorgegangen sei. Ebenso bezeichnet Stoll⁵⁾ § 306 als einen Rest mißverstandenen römischen Rechts und sieht ihn als rechtspolitisch völlig verfehlt an. Auch Zweigert⁶⁾ zählt ihn zu den rechtspolitisch fragwürdigen Normen des Schuldrechts und setzt sich für eine möglichst einschränkende Auslegung ein. Krückmann⁷⁾ geht sogar so weit, festzustellen, § 306 sei praktisch und theoretisch nichts Besseres wert, als möglichst unschädlich gemacht zu werden.

1) Dig. 41, 1, 1.83 § 5.

2) Zweigert, SJZ 1949, S. 415.

3) Vgl. v. Guemmerer, NJW 1956, S. 569.

4) Rabel, Les origines de la règle: *impossibilium nulla obligatio*, Mélanges Gerardin 1907, S. 473; Unmöglichkeit 1907, S. 23 ff.

5) Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 105.

6) Zweigert, SJZ 1949, S. 415.

7) Krückmann, AcP 101, S. 1 (120).

§ 306 BGB dient damit weder dem Schutz gewichtiger Interessen der Allgemeinheit noch der einzelner schutzwürdiger Personen, er ist eine rechtspolitisch verfehlte dispositive¹⁾ Regel des Gesetzgebers, der gegenüber die besondere Bestandfestigkeit des Verwertungsvertrages als Dauerschuldverhältnis überwiegt. Dies rechtfertigt die Ausschaltung der ex tunc wirkenden Nichtigkeit des § 306 BGB und ihre Ersetzung durch das den Dauerschuldverhältnissen eigene Rechtsinstitut der Kündigung.

Nicht überwiegend ist dagegen der Bestandsschutz des Verwertungsvertrages gegenüber den übrigen Nichtigkeits- und Anfechtungsbestimmungen des BGB. Der Schutz des einzelnen tritt beim Verwertungsvertrag nicht so sehr in den Hintergrund, daß die auf Abschlußmängeln beruhenden Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe²⁾ von dem besonderen Bestandsschutz des Dauerschuldverhältnisses zurückgedrängt würden. Genauso muß der Schutz des Geschäftsunfähigen und Geschäftsbeschränkten dem Interesse an der Aufrechterhaltung des bereits abgewickelten Vertragsverhältnisses vorgehen. Auch bei einem Verstoß gegen Gesetz oder gute Sitten ist ein derart schwerwiegender Widerspruch zur Rechtsordnung gegeben, daß eine rechtliche Anerkennung des tatsächlichen Zustandes nicht möglich ist³⁾. Der erhöhte Bestandsschutz des Verwertungsvertrages greift allein gegenüber dem unbegründeten und rechtspolitisch zweifelhaften Nichtigkeitsgrund des § 306 BGB durch, alle anderen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe äußern ihre volle Wirkung, sie führen zur Auflösung ex tunc und Abwicklung nach Bereicherungsrecht.

1) RGZ 86, S. 45 (53).

2) So hat das Reichsgericht eine Anfechtung wegen Irrtums zugelassen in RG in GRUR 1935, S. 890, wegen arglistiger Täuschung in RG in GRUR 1938, S. 846; vgl. auch RG in MuW XXII, S. 153; ebenso Weidlich - Blum, Patentrecht, S. 228; Reimer, PatG, § 9 Anm. 116.

3) Für die Nichtigkeit derartiger Verträge auch Reimer, PatG, § 9 Anm. 115; vgl. auch RG in JW 1913, S. 483 Nr. 3.

VIII. Dogmatik des Verwertungsvertrages bei nachträglicher
Vernichtung des Schutzrechts

1. Versucht man nun auf dieser Grundlage die Auswirkungen der nachträglichen Vernichtung des Schutzrechts auf den Verwertungsvertrag im einzelnen zu entwickeln, so ist dabei mit dem bereits erwähnten Unterschied zwischen vollzogenen und nicht vollzogenen Dauerschuldverhältnissen zu beginnen. Nur für den Fall, daß mit der Nutzung der Erfindung bereits begonnen wurde, gilt die Umwandlung des Nichtigkeitsgrundes des § 306 BGB in ein Recht zur fristlosen Kündigung.

2. Die Vernichtung des Schutzrechts führt nicht automatisch zur Beendigung des Verwertungsvertrages¹⁾, sondern sie gibt nur ein Recht zur Auflösung, der Erwerber oder Lizenznehmer muß also die Kündigung erklären.²⁾ Dies kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wesentlich ist nur, daß der Wille zur Kündigung hinreichend klar und zweifelsfrei ausgedrückt worden ist, was notfalls durch Auslegung nach § 133 BGB zu ermitteln ist.³⁾

3. Bis zur Auflösung durch die Kündigung äußert der Verwertungsvertrag seine volle Rechtswirkung, insbesondere also ist der Erwerber oder Lizenznehmer zur Zahlung der vereinbarten Gebühren verpflichtet.

a) Waren fortlaufende Zahlungen vereinbart - sei es, daß sie von vornherein ziffernmäßig festgelegt waren, sei es, daß sich ihre Höhe nach Umsatz oder Stückzahlen richtete - so entfallen sie mit Beendigung des Vertragsverhältnisses. Für die Zeit vor der Kündigung fällige, aber noch nicht bezahlte Gebühren bleiben grundsätzlich geschuldet.⁴⁾

b) Bestand die Gegenleistung in einem Pauschalbetrag, so wird die Höhe der dem Veräußerer oder Lizenzgeber zustehenden

1) Ein automatisches Entfallen der Leistungspflicht nehmen Damme - Lutter (Patentrecht, S. 492) und Kisch (Handbuch, S. 217) an.

2) Ebenso die h.L., vgl. Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.9; Benkard, PatG § 9 Anm.33; Reimer, PatG, § 9 Anm.27.

3) Esser, Schuldrecht, S. 365.

4) Ebenso Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 10.

Vergütung pro rata temporis bemessen, d.h. es verbleibt ihm ein Teilbetrag, der der Zeit bis zur Vernichtung des Schutzrechts im Verhältnis zur vereinbarten Vertragsdauer entspricht. Ein hiernach bereits bezahlter Mehrbetrag ist dem Erwerber oder Lizenznehmer nach Bereicherungsrecht zurückzuerstatten.¹⁾

c) Von dieser starren Regelung ist aber abzuweichen, wenn aus den getroffenen Vereinbarungen ein anderer Wille der Parteien zu entnehmen ist. So wird es etwa, wenn neben den laufenden Lizenzgebühren ein einmaliger Pauschalbetrag zu entrichten ist, in der Regel dem Parteiwillen entsprechen, daß der Lizenzgeber den Pauschalbetrag als einmalige Anfangszahlung behalten kann.²⁾

d) Keine Berücksichtigung kann der Umfang der Ausnutzung des Schutzrechts und ein vom Erwerber oder Lizenznehmer erzielter besonders hoher oder besonders geringer Gewinn finden.³⁾ Die Kündigung des Verwertungsvertrages läßt die gegenseitigen Verpflichtungen für die Vergangenheit unberührt. Es entspricht auch der von den Parteien in der Regel gewollten Risikoverteilung, daß die Gewinnchancen und damit auch die Gefahr des Verlustes in die Sphäre des Erwerbers oder Lizenznehmers fallen. Will sich eine Partei hiergegen absichern, so muß sie besondere Vereinbarungen treffen.⁴⁾

1) Ebenso Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 10; Reimer, PatG, § 9 Anm.27.

2) So Rasch, a.a.O., S. 11.

3) Für eine solche Berücksichtigung Lindenmaier, (GRUR 1955, S. 507 (511); Reimer, PatG, § 9 Anm.27.

4) Im Ergebnis ebenso Rasch, a.a.O., S. 11.

IX. Drohende Vernichtung des Schutzrechts

Das Festhalten am Vertrag bis zur Vernichtung des Schutzrechts erscheint für die Fälle ungerecht, in denen dem Erwerber oder Lizenznehmer infolge seiner drohenden Vernichtung die Vertragsvorteile bereits vorher entzogen werden. Das Reichsgericht hat deshalb in seiner Entscheidung vom 21.11.1914¹⁾ ausgesprochen, daß die Wirkungen des Verwertungsvertrages bereits dann enden können, wenn das Schutzrecht durch die drohende Nichtigkeit seine bisherige geschäftliche Wirkung verloren hat und dem Erwerber ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. In der Rechtslehre hatte diese Auffassung zunächst eine zweispältige Aufnahme gefunden, sie hat sich jedoch in neuerer Zeit allgemein durchgesetzt.²⁾ Auch der Bundesgerichtshof³⁾ ist ihr gefolgt und hat zur Begründung die Ansicht Lindenmaiers vom Wegfall der Geschäftsgrundlage herangezogen. Dabei führt er aus, für den Fall, daß der Erwerber oder Lizenznehmer sich auf die erst drohende Nichtigkeit berufe, müsse § 242 BGB die Grundlage für die rechtliche Beurteilung bilden. Dies ermögliche es, unter Berücksichtigung aller Umstände den Belangen der Beteiligten am besten gerecht zu werden und rechtfertige in zwangloser Weise die Lösung des Lizenznehmers vom Vertrag und die Bestimmung des Umfangs der geschuldeten Leistung.⁴⁾

Anders als die tatsächliche Vernichtung des Schutzrechts stellt seine drohende Vernichtung keine im Gesetz geregelte Leistungstörung dar. Das Schutzrecht wird vielmehr weiterhin formell gewährt, es bietet aber keinen oder nur noch geringen Schutz und hat für den Erwerber oder Lizenznehmer keinen Wert mehr. Zwischen Leistung und Gegenleistung ist ein Mißverhältnis aufgetreten, für dessen Ausgleich das Gesetz keine besondere Regelung vorsieht.

1) RGZ 86, S. 45 (56).

2) Ablehnend Isay, PatG § 6 Anm.16, GRUR 1915, S. 13, 1916, S. 132; Oppenheimer, GRUR 1916, S. 45 f.; zustimmend Hagens, GRUR 1914, S. 245; Dunkhase, MuW 1914, S. 253 f.; Rasch, Der Lizenzvertrag, S.12; Reimer, PatG, § 9 Anm. 27; vgl. auch Pietzcker, PatG, § 6 Anm.20.

3) BGH in GRUR 1957, S. 595; 1958, S. 532.

4) BGH in GRUR 1957, S. 595 (596).

Damit ist für den speziellen Fall der drohenden Vernichtung des Schutzrechts im Gegensatz zu seiner tatsächlichen Vernichtung Raum für die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, wie sie Lindenmaier für den Verwertungsvertrag angewandt hat.¹⁾ Hier haben wir es nicht primär mit einem grundsätzlich nichtigen Vertrag zu tun, er ist bei lediglich drohender Vernichtung des Schutzrechts vielmehr gültig, und der Erwerber oder Lizenznehmer bleibt an ihn gebunden, obwohl er für ihn seinen Sinn verloren hat. Um zu einer gerechten Lösung zu kommen, bietet sich nur eine Heranziehung von § 242 BGB und der hieraus entwickelten Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage an.

Bedenken gegen die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage könnten aber daraus erwachsen, daß es sich bei dem Verwertungsvertrag um ein gewagtes Geschäft handelt. Aus der Herleitung der Lehre von der Geschäftsgrundlage aus dem Gedanken der Zumutbarkeit der Vertragserfüllung ergibt sich, daß eine Berufung auf ihren Wegfall dann ausgeschlossen ist, wenn eine Vertragspartei das Risiko für eine Veränderung der Umstände übernommen hat.²⁾ Für die Rechtsbedeutsamkeit einer Durchführungsstörung kommt es deshalb stets auf die von den Parteien redlicherweise gemeinte Risiko- und Aufwandsverteilung an.³⁾

Beim Veräußerungs- und Lizenzvertrag liegt eine Risikoübernahme durch den Erwerber oder Lizenznehmer deshalb nahe, weil er schon bei Abschluß des Vertrages damit rechnen muß, daß nachträglich Umstände bekannt werden können, die zu einer Beeinträchtigung des Schutzrechts führen. Die Auffassung von Larenz⁴⁾, daß ein Risiko immer dann schon von

1) Vgl. oben S. 36 ff.

2) RG in HRR 1937, Nr. 549; Soergel - Siebert, § 242 Anm. 251; Staudinger - Weber § 242 Anm. F 353.

3) Esser, Schuldrecht, S. 395; Soergel - Siebert, § 242 Anm. 229.

4) Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 185.

der benachteiligten Partei übernommen sei, wenn die Veränderung der Umstände vorhersehbar war, geht aber zu weit.¹⁾ Es ist in solchen Fällen immer zwischen dem Eingehen eines Risikos und seiner vertraglichen Übernahme zu unterscheiden.²⁾ Für die Annahme des letzteren bedarf es konkreter Anhaltspunkte.

Beim Abschluß eines Verwertungsvertrages wissen die Vertragspartner zwar um die Möglichkeit, daß das Schutzrecht vernichtet werden kann; die Gefahr ist aber für sie in der Regel so abstrakt und fernliegend, daß sie gar nicht daran denken, dem einen oder anderen das Risiko hierfür aufzuladen. So entspricht es redlicher Anschauung, daß der Veräußerer oder Lizenzgeber nicht dafür haftet, daß das Schutzrecht nicht durch nachträglich bekanntwerdende Umstände vernichtet wird, auf der anderen Seite soll aber auch der Erwerber oder Lizenznehmer nicht über Gebühr an den Vertrag gebunden bleiben. Anders liegt es nur, wenn schon zur Zeit des Vertragsschlusses konkrete Umstände bekannt sind, die zu einer Vernichtung des Patents oder Gebrauchsmusters führen können. So in dem vom OLG München³⁾ entschiedenen Fall, bei dem beiden Parteien vorher Mitteilungen gemacht wurden, die auf eine Vorpatentierung im Ausland hindeuteten. Schließt der Erwerber oder Lizenznehmer hier dennoch ab, ohne sich gegen die drohende Vernichtung zu sichern, so ist anzunehmen, daß er das Risiko dafür übernimmt, und damit ist eine Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgeschlossen. Im Normalfall fehlt es aber an einer derartigen Risikoübernahme, und ein weiteres Festhalten am Vertrag ist dann nicht mehr zumutbar.

Zu klären bleibt noch das Verhältnis des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Kündigung aus wichtigem Grund, die bei Dauerschuldverhältnissen bei Vorliegen der tat-

1) Staudinger - Weber, § 242 Anm. E 355; vgl. auch Soergel - Siebert, § 242 Anm. 255.

2) Staudinger - Weber, § 242 Anm. E 353.

3) OLG München in GRUR 1956, S. 211. In der Entscheidung wird ein Kündigungsrecht des Lizenznehmers verneint.

sächlichen Voraussetzungen stets möglich ist.¹⁾ Auch die Tatsache, daß die Grundlage des Vertrages weggefallen ist und seine Fortsetzung dadurch unzumutbar geworden ist, kann einen solchen wichtigen Grund zur Kündigung darstellen. Daraus leitet man nicht selten den Satz ab, daß der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen nur unter dem Gesichtspunkt eines wichtigen Grundes zur Kündigung erheblich sein könne.²⁾ Dies darf aber nicht dahin verstanden werden, daß der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen keine anderen Möglichkeiten als die der Kündigung aus wichtigem Grund zulasse. Die Kündigung aus wichtigem Grund verdrängt die Geschäftsgrundlage nur, soweit sonst ein Rücktritt als Folge der durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage eingetretenen Unzumutbarkeit in Frage käme.³⁾ Im übrigen gelten aber die Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage auch bei Dauerschuldverhältnissen. Neben der Kündigung aus wichtigem Grund sind auch Anpassung und Umwandlung des Vertrages möglich, allerdings wegen des besonderen Bestandsschutzes des Dauerschuldverhältnisses nur für die Zukunft.⁴⁾ So ist auch der Verwertungsvertrag bei drohender Vernichtung des Schutzrechts nur dann kündbar, wenn die Vertragsvorteile völlig weggefallen sind. Hat das Recht dagegen trotz der drohenden Vernichtung noch einen gewissen Wert behalten, so kann der Erwerber oder Lizenznehmer lediglich Minderung für die Zukunft verlangen.⁵⁾

1) BGH in MDR 1951, S. 610.

2) BGH in BB 1953, S. 369; BGHZ 10, S. 44.

3) Soergel - Siebert, § 242 Anm. 248.

4) Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 148.

5) Ebenso Reimer, PatG, § 9 Anm. 27.

X. Teilweise Vernichtung des Schutzrechts

Wird das den Vertragsgegenstand bildende Schutzrecht nur teilweise vernichtet, so kommt es nach allgemeiner Ansicht¹⁾ darauf an, ob der von der Vernichtung nicht betroffene Teil des Schutzrechts für den Erwerber bzw. Lizenznehmer noch von Interesse ist, und ob ihm daher die Aufrechterhaltung des Vertrages billigerweise noch zugemutet werden kann. Ist dies der Fall, so kann der Erwerber bzw. Lizenznehmer nicht kündigen, sondern nur verlangen, daß entsprechend der durch die Teilvernichtung bewirkten Verringerung der Kaufpreis bzw. die Lizenzgebühr herabgesetzt werden. Hat hingegen der übrig gebliebene Teil des Schutzrechts für den Erwerber bzw. Lizenznehmer kein Interesse, so hat er die gleichen Rechte wie bei völliger Vernichtung des Schutzrechts.

Will man dieses Ergebnis aus den oben für den Fall der nachträglichen Vernichtung des Schutzrechts entwickelten Grundsätze gewinnen, so ist zunächst davon auszugehen, daß § 306 BGB auch für die teilweise Unmöglichkeit hinsichtlich des unmöglichen Teils gilt²⁾. Das bedeutet, daß bei Teilvernichtung des Schutzrechts der Verwertungsvertrag grundsätzlich insoweit nichtig wäre. Durch den Charakter als Dauerschuldverhältnis wird dies aber dahingehend modifiziert, daß nur eine teilweise Auflösung für die Zukunft möglich ist. Für die Frage der Aufrechterhaltung des übrigen Teils ist § 139 BGB heranzuziehen³⁾, d.h. der Parteiwille ist entscheidend. Ist aus dem Vertrag keine eigentliche Bestimmung über die Teilnichtigkeit zu entnehmen, so ist der mutmaßliche Wille der Parteien zu erforschen.⁴⁾ Das bedeutet in der Regel, daß das objektiv Vernünftigste als Parteiwille anzunehmen ist.⁵⁾

1) Reimer, PatG, § 9 Anm.28; Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.9; Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.10; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 176 f.

2) Palandt - Danckelmann, § 306 Anm.5.

3) RGZ 51, S. 94.

4) RGZ 99, S. 55.

5) Palandt - Danckelmann, § 139 Anm.3.

Wir kommen deshalb zu dem gleichen Ergebnis wie die herrschende Lehre, daß darauf abzuheben ist, ob der von der Vernichtung nicht betroffene Teil des Schutzrechts für den Erwerber oder Lizenznehmer noch von Interesse ist oder nicht. Hat eine Nutzung des übriggebliebenen Teils für ihn noch einen Wert, so ist er nur zu teilweiser Kündigung berechtigt, was in der Praxis zu einem Recht auf Minderung für die Zukunft führt. Ist dagegen der Rest für ihn völlig wertlos geworden, so ist er zur vollständigen Auflösung des Vertragsverhältnisses für die Zukunft berechtigt.

Die für die Teilvernichtung erarbeitete Lösung gilt auch dann, wenn von mehreren Schutzrechten, die Gegenstand eines Vertrages sind, nur eines für nichtig erklärt wird¹⁾. So etwa, wenn sich die Leistung des Veräußerers oder Lizenzgebers aus der Überlassung eines Patents und eines Fabrikationsgeheimnisses zusammensetzt, und nur das Patent vernichtet wird. Wie die Entscheidung des Reichsgerichts vom 28.3.1934²⁾ zeigt, kann dabei die Bedeutung des vernichteten Patents für den Vertrag auch so gering sein, daß eine Änderung der Gegenleistung gar nicht mehr eintritt.

B. Einschränkung des Schutzzumfangs

Ein anderes Ereignis, das den Bestand des Schutzrechts beeinträchtigt, ist die Einschränkung seines Schutzzumfangs. Schon im Patenterteilungs- und Gebrauchsmustereintragungsverfahren wird versucht, durch den Patentanspruch bzw.

1) Reimer, PatG, § 9 Anm.28.

2) RG in GRUR 1934, S. 537. Der Patentinhaber hatte dem Lizenznehmer nicht nur ein patentiertes Verfahren, sondern alle seine Erfahrungen zur Verfügung gestellt, wobei das tatsächlich ausgeführte Verfahren streng geheim gehalten war und auch gehalten wurde. Das Reichsgericht stellt fest, der Lizenznehmer habe - wie die Vertragsauslegung ergeben habe - auf den Patentschutz keinen besonderen Wert gelegt, wohl aber die Überlassung der Kenntnisse des Lizenzgebers hoch eingeschätzt.

Schutzanspruch möglichst klar festzulegen, was eigentlich unter Schutz gestellt werden soll. Da aber in diesem Stadium die Bedeutung einer Erfindung meist nicht voll erkannt wird, und nicht alle ihre Auswirkungen vorhersehbar sind, können die Ansprüche nicht so formuliert werden, daß sie den Schutzzumfang nach allen Seiten hin abgrenzen.¹⁾ Der Schutzzumfang ist deshalb nicht etwas ein für allemal Feststehendes, sondern kann eine erweiternde oder einschränkende Auslegung erfahren²⁾.

Immer vom Schutz des Schutzrechts umfaßt, wird der sog. unmittelbare Gegenstand der Erfindung³⁾. Darunter ist der Schutzbereich zu verstehen, der sich aus dem Wortlaut der Ansprüche, erläutert durch Beschreibung und Zeichnung, aber ohne jede erweiternde Auslegung ergibt.⁴⁾ Darüber hinaus kann aber auch ein erweiterter Schutzbereich der Erfindung angenommen werden, wobei zu dem Wortlaut der Ansprüche eine Reihe von Auslegungsmitteln herangezogen werden, so die Patentbeschreibung, Abbildungen, allgemeines Fachwissen, Kenntnis des Fachmanns vom Stand der Technik und Ähnliches⁵⁾. Man spricht dann je nach dem Grad der Erweiterung des Schutzbereichs vom Gegenstand der Erfindung und als äußerster Grenze vom allgemeinen Erfindungsgedanken.⁶⁾

Diese relative Unbestimmtheit des Schutzzumfangs kann immer dazu führen, daß der Schutzbereich des Patents oder Gebrauchsmusters im Verletzungsstreit⁷⁾ oder Nichtigkeitsverfahren eingeschränkt wird, und damit das nichtgedeckte Erfindungsgebiet gemeinfrei wird. Wie ist nun die Rechtslage für den Verwertungsvertrag zu beurteilen, wenn sich

1) Vgl. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 129.

2) Reimer, PatG, § 6 Anm. 9.

3) Zugrundegelegt wird hier die Terminologie des Bundesgerichtshofs (BGHZ 3, S. 366, 370; BGH in GRUR 1953, S. 112, 113), deren Zweckmäßigkeit aber von der Lehre angezweifelt wird (vgl. Reimer, § 6 Anm. 5 ff.; Hubmann, a.a.O., S. 130).

4) BGHZ 3, 366 (370); BGH in GRUR 1955, S. 242 (244); 1960, S. 478 (479).

5) Vgl. Hubmann, a.a.O., S. 130.

6) So BGH in GRUR 1953, S. 112; Reimer dagegen hält den Ausdruck allgemeinerer Erfindungsgedanke für anschaulicher und genauer.

7) Zu den Möglichkeiten der Einschränkung im Verletzungsprozeß vgl. Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 131.

nachträglich herausstellt, daß das Schutzrecht nicht den von den Vertragsparteien angenommenen Schutzzumfang hat?

Das Reichsgericht ging in seiner Entscheidung vom 18.11.1911¹⁾ grundsätzlich richtig von der Unmöglichkeit der Leistung aus, indem es betonte, daß das von einem Patent bei richtiger Auslegung nicht gedeckte Gebiet stets gemeinfrei gewesen sei, und erklärte die Rückforderung bereits bezahlter Lizenzgebühren wegen anfänglicher Nichtigkeit des Vertrages für begründet. Zum gleichen Ergebnis kam es auch in einer späteren Entscheidung vom 10.10.1931²⁾, in der die sog. Wumba-Wunderuhr Gegenstand des Lizenzvertrages war, eine Uhr, die mit menschlicher Stimme die Stunden ausrufen und die Erzeugnisse von Firmen anpreisen sollte. Das Reichsgericht stellte hier anfängliche Unmöglichkeit fest, da der Gedanke einer solchen Uhr durchaus nicht neu sei, und die Patentanmeldung sich deshalb nur auf Einzelheiten der Konstruktion und Schaltung im Innern der Uhr beziehe. Der Lizenznehmer könne ein Lizenzrecht überhaupt nicht erhalten, da dem Lizenzgeber ein Ausschließlichkeitsrecht an der Wunderuhr weder zustehe, noch der Erwerb eines solchen Rechts überhaupt möglich sei.

In anderen Entscheidungen³⁾ nahm das Reichsgericht jedoch eine Angleichung an seine Rechtsprechung zur nachträglichen Vernichtung des Schutzrechts vor. So gewährte es dem Käufer eines Gebrauchsmusters, das nicht dem zugeschriebenen, sondern nur einen geringeren Schutzzumfang hatte, nur ein Lösungsrecht vom Vertrag für die Zukunft. Zur Begründung führte es aus, der Umstand, daß das Gebrauchsmuster nicht den ihm zugeschriebenen Schutzzumfang habe,

1) RGZ 78, S. 10.

2) RG in MuW 1932, S. 32.

3) RG in MuW 1915, S. 317; MuW XXI, S. 215; ebenso auch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18.11.1949, zitiert bei Spengler, GRUR 1950, S. 204.

könne dem Lizenznehmer unmöglich weitere Rechte geben, als er sie bei vollständiger Nichtigkeit des Schutzrechts gehabt hätte.¹⁾

Der Großteil der Lehre²⁾ folgte dieser Rechtsprechung unter Hinweis darauf, daß der Erwerber oder Lizenznehmer bis zur Einschränkung des Schutzzumfangs genauso die Nutzungsmöglichkeiten unter Ausschluß der Konkurrenten gehabt habe wie bei Vernichtung des Schutzrechts bis zum Nichtigkeitsurteil oder dem Offenbarwerden der Vernichtbarkeit.³⁾ Dieser tatsächliche Vorteil läßt zwar das Ergebnis als billig erscheinen, er kann es aber in rechtssystematischer Hinsicht nicht begründen.

Einen anderen Weg gehen Rasch⁴⁾ und ihm folgend Tetzner.⁵⁾ Sie unterscheiden zwischen allgemein irrtümlicher Auffassung des betreffenden Wirtschaftskreises über den Schutzzumfang und einer rein persönlichen der beteiligten Vertragsparteien. Im ersteren Fall habe der Veräußerer oder Lizenzgeber eine bevorzugte Nutzungsmöglichkeit gewähren können, und es seien deshalb die für die Vernichtung des Schutzrechts maßgeblichen Grundsätze anzuwenden, im zweiten Fall dagegen sei der Vertrag nach § 306 BGB nichtig. Hier zeigen sich deutlich die Irrwege, die sich ergeben, wenn statt des einwandfrei feststehenden Inhalts der Verschaffungspflicht des Veräußerers oder Lizenzgebers derart verschwommene Kriterien wie die Möglichkeit einer bevorzugten Nutzung herangezogen werden. Zutreffend weist auch Lindenmaier⁶⁾ darauf hin, welche Schwierigkeiten sich für eine Grenzziehung zu einer allgemein irrtümlichen Auffassung ergeben. Entscheidend für die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung kann doch nur sein, ob das Schutzrecht mit dem angenommenen Schutzzumfang besteht oder nicht.

1) RG in MuW XXI, S. 215.

2) Reimer, PatG, § 9 Anm.29; Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.10; Benkard, PatG § 9 Anm. 30; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 195 f.

3) Reimer, PatG, § 9 Anm.29.

4) Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 17 f.

5) Tetzner, PatG, § 9 Anm.27.

6) Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (511).

Lindenmaier¹⁾ greift den Irrtumsgedanken auf und sieht in der Annahme eines falschen Schutzzumfangs einen beiderseitigen Irrtum über Vertragsgrundlage, der eine Behandlung des Problems nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage rechtfertigt. Der Fall liegt hier aber anders als in dem klassischen Paradebeispiel des Wegfalls der subjektiven Geschäftsgrundlage, bei dem sich beide Parteien vorstellen, der Kurs eines Wertpapiers sei 340 und sich daraufhin auf einen Verkauf zum Kurs von 340 1/2 einigen, während er tatsächlich 430 betrug. Das Wertpapier kann trotzdem geleistet werden, die Verschaffung eines Patents oder Gebrauchsmusters, wie es sich die Parteien vorstellten, ist aber unmöglich. Und diese Unmöglichkeit äußert die primären Wirkungen. Sie macht den Vertrag grundsätzlich nach § 306 BGB nichtig und für eine Lösung vom Vertrag wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bleibt überhaupt kein Raum mehr.

Eine rechtssystematisch richtige Lösung kann auch hier nur aufgrund der besonderen Bestandsfestigkeit des Verwertungsvertrages als Dauerschuldverhältnis gefunden werden. Die Einschränkung des Schutzzumfangs hat größte Ähnlichkeit mit der Vernichtung des Schutzrechts.²⁾ Das Maß der Schutzrechtsbeschränkung kann ganz verschieden groß sein, so daß eine Rechtsverschaffung ganz oder teilweise unmöglich wird. Es sind deshalb die bereits für die Vernichtung und Teilvernichtung entwickelten Grundsätze heranzuziehen. Der ganz oder teilweise bestehende Nichtigkeitsgrund des § 306 BGB wird für den Verwertungsvertrag als Dauerschuldverhältnis zum Lösungsrecht für die Zukunft, das je nach dem Grad der Beschränkung des Schutzzumfangs und dem Wert des verbliebenen Rechts zur Kündigung des ganzen Vertrages oder zur Minderung für die Zukunft berechtigt.

1) Lindenmaier, a.a.O.

2) Lindenmaier, GRUR 1955, S. 507 (511).

Geht nur einer der Vertragspartner von einem umfassenderen Schutzbereich des Patents oder Gebrauchsmusters aus als diesem innewohnt, so wird in der Regel ein unbeachtlicher, weil einseitiger Irrtum im Motiv vorliegen; denn die subjektiven Gründe, die ihm den Abschluß des Lizenzvertrages vorteilhaft erscheinen ließen, haben sich als unberechtigt herausgestellt. Da jedermann die Richtigkeit seiner Schlüsse selbst zu tragen hat, liegt kein Grund zur Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 BGB vor.¹⁾ Der umfassendere Schutzzumfang ist auch nicht Vertragsinhalt geworden, so daß nicht von einer Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden kann.

C. Bekanntwerden eines Vorbenutzungsrechts

Eine Beeinträchtigung anderer Art kann sich dadurch ergeben, daß ein Dritter aufgrund eines Vorbenutzungsrechts zur Benutzung der Erfindung in gewissem Umfang befugt ist. Ein solches Vorbenutzungsrecht entsteht dann, wenn ein redlicher Dritter zur Zeit der Anmeldung bereits im Besitz der Erfindung ist und ihre Verwertung im Inland in Angriff genommen hat.²⁾ Insoweit entfaltet das Patent oder Gebrauchsmuster von vornherein keine Schutzwirkung³⁾, der Dritte darf vielmehr trotz des entgegenstehenden Schutzrechts die Erfindung benutzen.⁴⁾

Zur Frage der Auswirkung eines solchen nachträglich bekanntwerdenden Vorbenutzungsrechts auf den Veräußerungsvertrag und die Erteilung einer ausschließlichen Lizenz hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 5.2.1912⁵⁾ festgestellt, daß der Erwerber oder Lizenznehmer entsprechend dem Grad der durch das Vorbenutzungsrecht entstandenen Beeinträchtigung eine Minderung seiner Gegenleistung verlangen könne, ja daß er unter Umständen

1) Lüddecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 193.

2) §§ 7 Abs.1 PatG, 5 Abs.4 GebrMG.

3) RGZ 153, S. 322 (324).

4) Benkard, PatG. § 7 Anm.3.

5) RGZ 78, S. 363 (368).

zu einer Gegenleistung überhaupt nicht mehr verpflichtet sei. Im Anschluß an diese Entscheidung gibt die herrschende Lehre¹⁾ dem Erwerber bzw. dem ausschließlichen Lizenznehmer je nach dem Umfang der durch das Vorbenutzungsrecht eintretenden Beeinträchtigung entweder ein Kündigungsrecht oder ein Recht auf Minderung.

Diese Lösung ist dadurch gerechtfertigt, daß das Vorhandensein eines Vorbenutzungsrechts bei der Veräußerung des Schutzrechts oder der Erteilung einer dinglichen Lizenz als Mangel im Recht betrachtet werden muß,²⁾ da das Verbotungsrecht des Schutzrechtsinhabers gegenüber dem Vorbenutzer nicht durchgreift. Da eine Beseitigung des Rechtsmangels, zu der der Veräußerer oder Lizenzgeber nach § 434 BGB verpflichtet ist, nicht möglich ist, andererseits aber eine Haftung beim Verwertungsvertrag nicht eingreift, ist die Leistung insoweit unmöglich³⁾, und zwar von Anfang an, da das Vorbenutzungsrecht schon bei Entstehung des Schutzrechts gegeben war.

Es müssen also auch hier die für die teilweise Vernichtung des Schutzrechts aufgestellten Grundsätze herangezogen werden. Ist die Beeinträchtigung durch die Vorbenutzung so stark, daß anzunehmen ist, daß der Erwerber oder ausschließliche Lizenznehmer den Vertrag bei ihrer Kenntnis nicht geschlossen hätte, so steht ihm ein Kündigungsrecht zu. Die Tatsache, daß es Sinn des geschlossenen Vertrages war, die ausschließliche Nutzung der Erfindung zu verschaffen, wird dabei im allgemeinen als Indiz für eine Auflösung des Vertrages angesehen werden müssen. Hat dagegen der Vertrag für ihn noch einen gewissen Sinn behalten, so ist er zu einer entsprechenden Herabsetzung der Gegenleistung für die Zukunft berechtigt.

1) Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.10; Trüstedt, GRUR 1939, S. 517; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 208 f.

2) RGZ 78, S. 363 (365); Isay, PatG, § 6 Anm.16.

3) Vgl. Palandt - Danckelmann, § 434 Anm.3.

Nicht-möglich ist ein generelles Wahlrecht zwischen Kündigung und Minderung, wie es Rasch¹⁾ und Reimer²⁾ geben wollen, da immer auf den mutmaßlichen Willen der Parteien zur Zeit des Vertragsschlusses abzustellen ist. Auch das Reichsgericht stellt in einer Entscheidung vom 25.4.1936³⁾ fest, daß das Bestehen von Vorbenutzungsrechten, die dem Lizenzgeber unbekannt sind, nicht ohne weiteres eine Kündigung des Vertrages durch den Lizenznehmer rechtfertige.

Keine Auswirkungen hat das Bestehen eines Vorbenutzungsrechts auf die Erteilung einer einfachen Lizenz⁴⁾. Der einfache Lizenznehmer muß die Nutzung der Erfindung durch andere Berechtigte dulden, und so wird seine rechtliche Stellung durch ein Vorbenutzungsrecht auch nicht berührt. Aus wirtschaftlichen Gründen eine andersartige Behandlung vorzunehmen, etwa weil der Vorbenutzer gegenüber dem Lizenznehmer dadurch im Vorteil sei, daß er keine Gebühren für die Nutzung zu zahlen habe⁵⁾, scheint schon wegen des immer zu berücksichtigenden Risikogedankens nicht angebracht. Will sich der Lizenznehmer dagegen absichern, so muß er entsprechende Vereinbarungen treffen.

D. Abhängigkeit des Schutzrechts.

Es kann sich weiter herausstellen, daß das Schutzrecht von einem älteren Patent oder Gebrauchsmuster abhängig ist.⁶⁾ Das jüngere Schutzrecht ist dabei mit dem älteren nicht wesensgleich⁷⁾, vielmehr ist in dem jüngeren eine eigene

1) Rasch, Der Lizenzvertrag, S. 52.

2) Reimer, PatG., § 9 Anm.31.

3) RG in GRUR 1936, S. 1056.

4) Klauer - Möhring, § 9 Anm.10; Reimer, PatG., § 9 Anm.31.

5) So Rasch (Der Lizenzvertrag, S. 20), der auch dem einfachen Lizenznehmer ein Recht auf Minderung oder Kündigung zubilligt.

6) Vgl. RG in GRUR 1943, S. 205 (209); § 6 GebrMG.

7) Es liegt also keine Identität im Sinne von § 4 Abs.2 PatG. vor. Die Abhängigkeit unterscheidet sich von der Identität dadurch, daß bei der Abhängigkeit zwei Erfindungsgedanken vorhanden sind, während es sich bei der Identität um den gleichen Erfindungsgedanken handelt (vgl. RGZ 33, S. 149; RG in GRUR 1921, S. 85).

erfinderische Leistung zu erblicken, die jedoch auf der Weiterbildung eines älteren Patents oder Gebrauchsmusters beruht.¹⁾ Der Gegenstand der abhängigen Anmeldung kann danach geschützt werden.²⁾ Da eine Benutzung der Fortentwicklung aber nicht ohne Mitbenutzung der älteren Erfindungsidee möglich ist, kann der Inhaber des älteren Schutzrechts dem Inhaber des abhängigen Schutzrechts allgemein dessen Benutzung verbieten.³⁾

Auch die nachträglich bekanntwerdende Abhängigkeit des Patents oder Gebrauchsmusters von einem anderen Recht stellt einen Rechtsmangeldar⁴⁾, der aber im Unterschied zu dem Bestehen eines Vorbenutzungsrechts grundsätzlich gehoben werden kann. Dies kann einmal dadurch geschehen, daß der Veräußerer oder Lizenzgeber das ältere Schutzrecht erwirbt oder eine Nutzungserlaubnis des Inhabers des älteren Rechts beibringt, oder aber durch dessen Vernichtung oder Erlöschen oder durch gerichtliche Feststellung, daß keine Abhängigkeit besteht.⁵⁾ Anders als in den bisherigen Fällen nachträglich bekanntwerdender Rechtsmängel ist also die Leistung nicht schlechthin unmöglich, es liegt allenfalls Unvermögen des Veräußerers oder Lizenzgebers vor, wenn ihm eine Beseitigung des Mangels nicht gelingt. Das Problem, das sich hier stellt, geht deshalb auch nicht zunächst dahin, einen wegen anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung grundsätzlich nichtigen Vertrag dennoch aufrecht zu erhalten, es sind vielmehr allein die Rechte des Erwerbers oder Lizenznehmers bei einer derartigen Leistungsstörung zu bestimmen. Eine volle Haftung des Veräußerers oder Lizenzgebers für Rechtsmängel wie sie

1) Reimer, PatG, § 6 Anm.61, GebrMG, § 6 Anm.1.

2) RG in MuW 1932, S. 352 (354).

3) Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 6 Anm.48.

4) Isay, PatG, § 6 Anm.16.

5) Reimer, PatG, § 9 Anm.30.

Kisch¹⁾ eintreten lassen will, muß auch hier wegen des besonderen Charakters des Verwertungsvertrages als eines gewagten Geschäfts ausscheiden.

Die herrschende Lehre²⁾ zieht in diesem speziellen Fall die Vorschriften des Miet- und Pachtrechts, insbesondere §§ 542, 541, 537 BGB analog heran, da sie sich hier für den im Gesetz nicht als Vertragstypus geregelten Verwertungsvertrag als geeignet erweisen. Nach § 542 Abs.1 S. 1 hat der Erwerber oder Lizenznehmer dem Veräußerer bzw. Lizenzgeber zunächst eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels zu setzen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann er das Vertragsverhältnis kündigen und zwar unabhängig davon, ob der Inhaber des dominierenden Rechts von seinem Verbotungsrecht Gebrauch macht oder nicht. Entscheidend ist allein die Tatsache, daß die Rechtmäßigkeit der Benutzung der übertragenen Rechte infolge eines übergeordneten Patents oder Gebrauchsmusters nicht mehr gegeben ist.³⁾

Für die abgewinkelte Zeit bleibt der Verwertungsvertrag grundsätzlich bestehen. Allerdings mit einer Ausnahme: Verlangt der Inhaber des herrschenden Patents oder Gebrauchsmusters für dessen Benutzung von dem Erwerber oder Lizenznehmer des abhängigen Rechts mit Erfolg eine Entschädigung, so ist er auch für die Vergangenheit zu einer Minderung seines Entgelts berechtigt.⁴⁾ Die Berechtigung hierzu ergibt sich aus § 541 i.V.m. § 537 BGB, da die Vertragserfüllung durch das Recht eines Dritten von Anfang an beeinträchtigt wurde. Gestattet der Inhaber

1) Kisch, Handbuch, S. 210.

2) Reimer, PatG, § 9 Anm.30; Rasch, Der Lizenzvertrag, S.19; Tetzner, PatG, § 9 Anm.18.

3) Vgl. Rasch, a.a.O.. Daß der Erwerber bzw. Lizenznehmer in der Regel kein Kündigungsrecht hat, wenn das Erlöschen des älteren Schutzrechts unmittelbar bevorsteht, ergibt sich aus § 542 Abs.2 BGB (Reimer, PatG, § 9 Anm.9; Lüdecke - Fischer, Lizenzverträge, S. 219).

4) Rasch, a.a.O., Lüdecke - Fischer, a.a.O.

des herrschenden Rechts die künftige Nutzung gegen ein angemessenes Entgelt, so ist der Erwerber oder Lizenznehmer auch in diesem Fall nur zu einer Minderung und nicht zur Kündigung berechtigt.¹⁾ Denn regelmäßig kann unterstellt werden, daß er den Lizenzvertrag auch dann abgeschlossen hätte, wenn er schon bei Abschluß die Abhängigkeit des Schutzrechts gekannt und das Recht zur Benutzung des älteren Patents oder Gebrauchsmusters nur gegen Zahlung einer angemessenen Gebühr erworben hätte.²⁾

1) Rasch, a.a.O., Lüdecke - Fischer, a.a.O.,; Klauer - Möhring, PatG, § 9 Anm.10; Krausse - Katluhn - Lindenmaier, § 9 Anm.10; ferner RG in GRUR 1935, S. 306 (308); a.M. Reimer, PatG, § 9 Anm.30, der dem Erwerber oder Lizenznehmer ein Wahlrecht zwischen Kündigung und Minderung geben will, da ihm nicht zugemutet werden könne, gegen seinen Willen langdauernde vertragliche Beziehungen mit dem ihm als Vertragskontrahenten vielleicht gar nicht erwünschten Inhaber des älteren Patents eingehen zu müssen.

2) Rasch, a.a.O.

Lebenslauf

Am 25. September 1937 wurde ich in Singen (Hohentwiel) als Sohn des technischen Angestellten Julius Sernatinger und seiner Ehefrau Anna, geb. Vogelbacher geboren. Ich besuchte zunächst die Volksschule, dann das Gymnasium in Singen (Hohentwiel). Im März 1957 legte ich die Reifeprüfung ab. Es folgte ein einjähriger Wehrdienst bei der Bundeswehr in Murnau. Im Sommersemester 1958 begann ich an der Universität Freiburg mit dem Studium der Rechtswissenschaft und legte im Juli 1962 nach achtsemestrigem Studium in Freiburg und München die Erste juristische Staatsprüfung ab. Daraufhin trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein. Am 8. Juli 1966 bestand ich die Zweite juristische Staatsprüfung.

Freiburg, den 12. Juli 1966

Manfred Sernatinger

